

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

Subsunción alternativa en la condena (*Wahlfeststellung*)

Examen de su legitimidad constitucional

Alejandra Verde

Universidad Nacional de Córdoba

BARCELONA, ENERO DE 2016

Abstract*

La “subsunción alternativa en la condena propia” (“Wahlfeststellung”) es una forma de condena penal aplicada en Alemania. De acuerdo con ella, si al momento de dictarse sentencia, y tras haberse agotado todos los medios de prueba, es seguro que el acusado cometió uno de entre varios delitos determinados pero no se puede establecer cuál de ellos es el que efectivamente realizó, la jurisprudencia –respaldada por la doctrina mayoritaria de ese país– admite que el acusado pueda ser condenado por haber cometido un delito u otro de manera alternativa. Esta forma de condena cuenta con más de ocho décadas de aplicación ininterrumpida en ese país. Sin embargo, a principios de 2014 la 2ª Sala Penal del BGH sostuvo que violaba el principio de legalidad, y consultó a las otras salas del máximo tribunal alemán penal si estaban dispuestas a cambiar de criterio. Las cuatro salas restantes, sin embargo, se pronunciaron a favor de la constitucionalidad de este instituto. Sólo resta que se pronuncie el pleno. En este artículo se pretende, por un lado, explicar en qué consiste esta forma de condena, y, por el otro, mostrar que viola no sólo el principio de legalidad (como lo dijo la 2ª Sala del BGH), sino también el principio de presunción de inocencia (en particular del in dubio pro reo) y el derecho de defensa.

Auf der Grundlage einer sog. Wahlfeststellung kann in Deutschland eine wahlweise strafrechtliche Verurteilung ausgesprochen werden. Dies setzt voraus, dass im zu dem Zeitpunkt der Urteilsfindung, nachdem alle Beweismittel ausgeschöpft sind, feststeht fest, dass der Angeklagte eines von mehreren genau bezeichneten Delikten begangen hat, ohne dass es sich klären lässt, welches davon genau. Unter diesen Voraussetzungen hält es die Rechtsprechung – mit der Zustimmung der überwiegenden Ansicht in der deutschen Literatur – für möglich, den Angeklagten dafür zu verurteilen, dass er entweder das eine oder das andere Delikt begangen habe. Diese Form des Urteils blickt auf eine mehr als acht Jahrzehnte währende Geschichte ununterbrochener Anwendung zurück. Anfang 2014 jedoch sah der 2. Strafsenat des BGH darin eine Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips und fragte bei den anderen Senaten des höchsten deutschen Strafgerichts an, ob sie bereit seien, ihre Rechtsprechung zu ändern. Die übrigen vier Senate sprachen sich indes für die Verfassungskonformität dieser Figur aus. Die deshalb erforderliche Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen steht derzeit noch aus. Dieser Beitrag hat zum Ziel, einerseits die Grundlagen dieser Form der Verurteilung zu erläutern und andererseits zu zeigen, dass sie nicht nur das Gesetzlichkeitsprinzip verletzt (wie vom 2. Strafsenat angenommen), sondern auch die Unschuldsvermutung (insbesondere den Grundsatz „in dubio pro reo“) und das Recht auf eine effektive Verteidigung.

The so called “alternative conviction” (“Wahlfeststellung”) is a special type of criminal conviction in Germany. It presupposes that, when all available evidence has been considered and judgment is to be rendered, the court finds it established that the accused committed one of two (or more) offences, but it is impossible to prove which one precisely. Under these circumstances, German courts – supported by the prevailing opinion in the literature – convict the accused for having committed either one or the other offence. This concept has been continuously applied during the last eight decades. In early 2014, however,

* Alejandra Verde, alececiverde@gmail.com, doctoranda de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), becaria del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y becaria CONICET, Argentina. Agradezco ante todo a Jürgen Wolter por haberme introducido en este tema y por su apoyo incondicional. Expreso mi gratitud también a José Peralta por sus críticas y observaciones, siempre finas, a este artículo. Agradezco asimismo a Lucila Fernandez Allé y a Rodrigo Sánchez Brígido por sus comentarios, y a Gabriel Pérez Barberá por nuestras discusiones sobre este trabajo.

the second criminal senate of the Federal Court of Justice (“Bundesgerichtshof”) considered it to violate the principle of legality and asked the other senates of the highest German criminal court whether they would agree to change the case-law. Meanwhile, the other four senates have made it clear that they consider the possibility of an alternative conviction constitutional. Therefore, the case is now pending before the “Grand Senate for Criminal Matters”, which will have the task to finally answer this question. The present contribution shall – on the one hand – explain the idea behind this special type of conviction. On the other hand, it will illustrate that it does not only infringe upon the principle of legality (as stated by the second criminal senate), but also the presumption of innocence (particularly the principle of in dubio pro reo) and the right to an effective defence.

Titel: Wahlfeststellung: Untersuchung ihrer verfassungsrechtlichen Legitimität.

Title: Alternative conviction: Analysis about her constitutional legitimacy.

Palabras clave: Subsunción alternativa en la condena, equiparabilidad ético-jurídica y psicológica, principio de legalidad, *in dubio pro reo*, derecho de defensa.

Stichworte: Wahlfeststellung, rechtsethischen und psychologischen Gleichwertigkeit, Gesetzlichkeitsprinzip, *in dubio pro reo*, Verteidigungsrecht.

Keywords: Alternative conviction, legal and psychological equal value, principle of legality, *in dubio pro reo*, right to an effective defence.

Sumario

1. Introducción
2. Subsunción alternativa en la condena (SAC) propia y otros casos similares
3. SAC propia
 - 3.1. Características
 - 3.2. Requisitos para su aplicación
 - 3.3. Diferentes posturas doctrinales
4. La SAC en la jurisprudencia alemana
5. Criterios limitadores de la SAC propia
 - 5.1. Equiparabilidad ético-jurídica y psicológica
 - 5.2. Identidad del núcleo del ilícito
6. Seguridad jurídica vs. justicia en el caso concreto
7. ¿Vulnera la SAC propia el principio de legalidad del Derecho penal material? La opinión dominante y la crítica de la 2ª Sala del BGH (y de un sector de la doctrina)
8. Toma de postura
 - 8.1. Primera aproximación crítica
 - 8.2. Segunda aproximación crítica
9. Conclusión
10. Bibliografía

1. Introducción

Hay distintos grupos de casos que, en Alemania, se estudian bajo la rúbrica de “*Wahlfeststellung*” (“subsunción alternativa en la condena”¹, en adelante SAC) o en relación con ella. Con esa denominación se hace referencia a diferentes situaciones que pueden presentarse en el momento de dictarse una sentencia condenatoria a la que, por déficits probatorios, decide motivarse con una fundamentación basada en disyunciones, esto es, en diferentes alternativas. Ello ocurre, por ejemplo, cuando un tribunal, en el momento de dictar sentencia, “está seguro” de que el acusado cometió uno de entre varios tipos penales, o uno de entre varios supuestos dentro de una misma figura delictiva, pero, por insuficiencias probatorias, no puede saber exactamente cuál de esas alternativas es la que efectivamente el acusado realizó, y lo condena por lo tanto por la alternativa más leve².

Recientemente, en su sentencia del 28 de enero de 2014, la 2ª Sala Penal del Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*, en adelante: BGH)³, sorpresivamente y tras décadas de jurisprudencia pacífica a favor de la legitimidad de esta forma de condenar (en particular de la que se conoce como SAC *propia*, cuyas características se explicarán enseguida), se pronunció en contra de su constitucionalidad, por considerar que viola el principio de legalidad⁴. De conformidad con el procedimiento habitual, la 2ª Sala consultó a las otras salas penales de dicho tribunal si estaban dispuestas a abandonar la postura anterior. A la fecha las cuatro salas restantes ya se han pronunciado, y en contra de ese cambio⁵.

No es posible, por tanto, afirmar que se ha producido un cambio en la jurisprudencia alemana sobre la SAC propia. Para que esto último hubiera ocurrido era necesario o bien que todas las otras salas del BGH fallaran de conformidad con la sentencia de enero de 2014 dictada por la 2ª Sala, o bien que, frente a decisiones encontradas (como ha sido el caso), el BGH dictara una sentencia en pleno, es decir, en reunión de todas las salas penales, y esto último aún no ha ocurrido. No obstante, la sola posibilidad de dicho cambio jurisprudencial que ha abierto aquella sentencia inicial de la 2ª Sala justifica, a mi juicio, un abordaje detallado de esta peculiar construcción jurídica alemana, desconocida (en el sentido de no legislada ni aplicada) en Argentina, en España y en prácticamente todos los países de la tradición europeo-continental.

¹ La traducción al castellano de la expresión alemana “*Wahlfeststellung*” es muy compleja, puesto que se trata de una palabra compuesta cuya traducción literal (“constatación alternativa”) no denota lo que realmente abarca ese concepto. El término es rechazado también en Alemania por algunos autores en virtud de su imprecisión, quienes proponen otras denominaciones, pero ellas tampoco dan con su extensión correcta. Por lo pronto no debe ser confundido con lo que en Argentina se conoce como “acusación alternativa”, en virtud de la cual, durante el juicio oral, se puede acusar a una persona alternativamente por diferentes tipos penales, pero para condenar el juez tiene que haber alcanzado la convicción objetiva (apoyada en la prueba) de que ese hecho se subsume con seguridad en uno de esos tipos penales determinados.

² Por ello, se habla de alternatividad fáctica (*Tat- und Tatsachenalternativität*) y alternatividad normativa (*gesetzliche Alternativität*). Véase, por todos, VELTEN, § 261, *SK-StPO*, 4ª ed., 2012, nm. 97 ss.

³ Sentencia 2 StR 495/12 del BGH, de fecha 28/01/2014. Véase BGH, *NStZ*, 2014, pp. 392 s.

⁴ Consagrado en el art. 103 II de la Constitución alemana (en adelante GG) y en el § 1 del Código Penal alemán (en adelante StGB).

⁵ Se trata de las siguientes sentencias: Sentencia 1 ARs 14/14 del BGH, de fecha 24/06/2014 (BGH, *NStZ-RR*, 2014, p. 308); Sentencia 5 ARs 39/14 del BGH, de fecha 16/07/2014 (BGH, *NStZ-RR*, 2014, p. 307); Sentencia 4 ARs 12/14, de fecha 11/09/2014 (BGH, *NStZ-RR*, 2015, pp. 40 s.); Sentencia 3 ARs 13/14, de fecha 30/09/2014 (BGH, *NStZ-RR*, 2015, pp. 39 y s.).

Acabo de señalar que son distintos grupos de casos los que, en Alemania, se estudian bajo la órbita de la SAC. Uno de los propósitos del presente trabajo, entonces, es diferenciar y delimitar estas constelaciones con claridad (2) para, luego, abordar en detalle (3, 4, 5, 6, 7), y también críticamente (8), sólo una de ellas, concretamente la denominada SAC propia (*echte Wahlfeststellung*). Dado que el desarrollo de esta categoría conceptual sólo ha tenido lugar en Alemania, el análisis descriptivo –centrado obviamente en la doctrina y jurisprudencia de ese país– será particularmente detallado, con el objeto de darla a conocer entre nosotros del modo más preciso posible.

En lo que respecta a la legislación, la SAC propia no tiene regulación expresa en el Derecho positivo vigente en Alemania. Sin embargo, y como luego se verá, la doctrina dominante de ese país sostiene que la tiene en forma derivada. Otro sector, minoritario, afirma que la SAC propia es inconstitucional porque viola el principio de legalidad, más concretamente el mandato de determinación. Esta fue la postura que adoptó la mencionada sentencia de la 2ª Sala Penal del Tribunal Supremo Federal alemán. La opinión que defenderé aquí es que la SAC propia es, ciertamente, inconstitucional, pero no solamente porque viola el principio de legalidad (corolario *lex certa*), sino porque viola además otros principios constitucionales, como el de presunción de inocencia (en su específica derivación del *in dubio pro reo*) y el de defensa (8).

2. Subsunción alternativa en la condena (SAC) propia y otros casos similares

Para evitar confusiones es conveniente, ante todo, distinguir la SAC propia de otros supuestos similares. Es lo que se hará a continuación.

a) La “subsunción alternativa en la condena propia” se aplica –según la doctrina alemana– a aquellos supuestos en los cuales *un* único hecho, debido a dificultades probatorias que no han podido ser aclaradas tras el agotamiento de los medios de prueba, no puede ser subsumido de manera unívoca en una norma penal determinada⁶, sino en más de una pero alternativamente, siempre que entre ellas no exista ninguna clase de relación de grado⁷.

En virtud de ello, se condena a un acusado “por infringir una u otra norma penal cuando, tras haber terminado la recepción de la prueba, no es posible determinar cuál de los dos hechos típicos ha sido realizado, y es imposible que ninguno de ellos se haya producido”⁸. Ejemplo: una persona es encontrada con una cosa hurtada en su poder pero no se sabe cómo la obtuvo, es decir, si a través de la comisión del delito de hurto o del de receptación; se lo condena entonces por hurto o por receptación y se le impone la pena más leve⁹.

Cabe aclarar que no toda SAC está permitida en Alemania, es decir, no se admite la alternatividad entre todas las normas penales, sino únicamente entre aquellas que cumplen con

⁶ Así, BGHSt 15, pp. 63 ss.

⁷ Entre muchos, véase KINDHÄUSER, Vor §§ 52-55, LPK-StGB, 5ª ed., 2013, nm. 54; RENGIER, AT, 5ª ed., 2013, § 57 nm. 14 y nm. 21 ss.

⁸ BGH, NStZ, 2014, pp. 392 s.

⁹ Así, WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 16; KINDHÄUSER, Vor §§ 52-55, LPK-StGB, 5ª ed., 2013, nm. 54.

ciertos criterios y características comunes. En otras palabras, la doctrina dominante y la jurisprudencia alemana acepta lo que se considera una versión intermedia de SAC propia. Ello será objeto de un examen detallado más abajo (3.3).

b) Los supuestos de “condena unívoca con base en hechos alternativos” (*eindeutige Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage*), también conocidos como supuestos de “condena unívoca con base en diferentes modalidades de ejecución de un mismo delito”. Estos grupos de casos reciben también la imprecisa denominación de “subsunción alternativa en la condena impropia” (*unechte Wahlfeststellung*)¹⁰. Se caracterizan por el hecho de que, al momento de condenar, si bien no hay ninguna duda con relación a la norma en la cual la conducta se subsume, por problemas probatorios o bien no existe claridad sobre cuál de entre varios comportamientos realizados por la misma persona en diferentes momentos fue el que configuró el tipo penal¹¹, o bien no se sabe cuál de las diferentes formas de cometer el hecho típico fue la que efectivamente tuvo lugar¹².

En los primeros supuestos se da lo que en Alemania se conoce como “alternatividad pura de los hechos” (*Tatsachenalternativität*)¹³. Ejemplo: un testigo declara en dos ocasiones, contradictoriamente; una de sus declaraciones es falsa, pero no se sabe cuál¹⁴. La subsunción es unívoca: falso testimonio; pero no es posible saber a cuál de ambos hechos corresponde¹⁵. Los segundos supuestos, denominados “SAC impropia por alternatividad en las modalidades de comisión de un mismo delito”, por su parte, tienen lugar cuando la figura básica de un delito¹⁶ o una agravante¹⁷ prevén alternativamente diferentes modalidades para llevar a cabo esa conducta. Ejemplo: cuando se sabe que el acusado obligó (coaccionó) a la víctima a realizar un determinado comportamiento, pero no se puede determinar con exactitud si lo realizó mediante el uso de

¹⁰ Entre muchos, ver SATZGER, § 1, *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 62.

¹¹ En este sentido, véase KINDHÄUSER, Vor §§ 52-55, *LPK-StGB*, 5ª ed., 2013, nm. 51; JESCHECK, AT, 4ª ed., 1988, §16 III 2 b); WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, pp. 24 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 43ª ed., 2013, nm. 808; BGHSt 46, p. 86; BGH, *wistra*, 2007, pp. 458 s.; NOROUZI, «Grundfälle zur Wahlfeststellung, Präpendenz und Postpenenz», *JuS*, 2008, p. 17 s.

¹² Ver ALTENHAIN, «Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen: Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz?», *ZStW*, (107), 1995, pp. 487 ss.; MÖHL, «Comentario al fallo del OLG del 25/03/1965, Ss 54/65», *NJW*, 1965, p. 1927; BGH, *NStZ*, 2012, pp. 441 s.; BGHSt 22, p. 14.

¹³ Véase, entre muchos, FISCHER, § 1, *StGB*, 61ª ed., 2014, nm. 39, p. 20; HRUSCHKA, «Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen», *JuS*, 1982, p. 321.

¹⁴ Así BGHSt 2, pp. 351 ss. Otro ejemplo de SAC por alternatividad pura de los hechos es el siguiente: una persona enferma de VIH, que lo sabe, mantiene relaciones sexuales sin protección y en más de una oportunidad con alguien que desconoce aquella circunstancia, a sabiendas de que podría contagiarla y así producirle un grave daño a su salud. Efectivamente, el enfermo contagia a la otra persona. Entonces, si bien está claro que el que tenía el VIH le produjo al otro un daño en la salud y que ese hecho configura el tipo penal de lesiones corporales peligrosas, no obstante, no es posible determinar en cuál de las prácticas sexuales que mantuvieron se produjo ese contagio y se realizó el tipo penal. Sobre este ejemplo, ver BGHSt 36, p. 267 ss.; FREUND, «Nicht „entweder-oder“, sondern „weder – noch“! Zum Verstoß gesetzalternativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG», *FS-Wolter*, 2013, p. 44; KINDHÄUSER, Vor §§ 52-55, *LPK-StGB*, 5ª ed., 2013, nm. 51; RENGIER, AT, 5ª ed., 2013, § 57 nm. 17. Otro ejemplo de SAC impropia en RGSt 26, p. 157.

¹⁵ Sobre este ejemplo y su tratamiento, véase, entre muchos, WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987, pp. 46 s.; KINDHÄUSER, Vor §§ 52-55, *LPK-StGB*, 5ª ed., 2013, nm. 51; FREUND, *FS-Wolter*, 2013, p. 44; BGHSt 2, pp. 351 ss.; MÖHL, *NJW*, 1965, p. 1927.

¹⁶ Véase RGSt 56, p. 61; BGH, *NStZ*, 2012, p. 441; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 43ª ed., 2013, nm. 810.

¹⁷ Véase, entre otros, ALTENHAIN, *ZStW*, (107), 1995, p. 388. En la jurisprudencia, ver RGSt 23, p. 47 ss.; RGSt 55, p. 44; RGSt 55, p. 230. En relación con formas de comisión alternativas del delito de homicidio (§ 211 StGB), véase BGHSt 22, p. 14.

violencia o mediante la amenaza de sufrir un mal grave¹⁸. En otras palabras, se sabe que el autor cometió el tipo penal previsto en el § 240 I StGB, pero no se sabe cuál de las dos acciones típicas mencionadas fue la que efectivamente llevó a cabo.

c) La “*subsunción unívoca en la condena con aplicación del principio in dubio pro reo*” se presenta cuando entre los tipos penales en los que un hecho podría subsumirse existe una relación de grado (*Stufenverhältnis*)¹⁹ –lógica o normativa–, en función de la cual se castiga al acusado –en virtud de la aplicación del principio *in dubio pro reo*– por la conducta menos grave, que es la que se encuentra probada²⁰. Se trata de casos de alternatividad de normas (*Gesetzalternativität*) referidas al mismo delito, pero en diferentes grados²¹. Para que este supuesto se comprenda completamente es necesaria aquí una aclaración, que se efectuará a continuación.

Según la doctrina y la jurisprudencia alemanas, entre las posibles conductas realizadas por el acusado existe una *relación de grado lógica* cuando una de ellas contiene a la otra²². Ello ocurre cuando lo que está probado consiste en un tipo penal básico, mientras que la duda recae sobre una figura agravada del mismo delito (relación entre la figura básica y la agravada de un mismo delito); o cuando la conducta probada es en sí misma típica y también un medio para cometer otro delito más grave, pero este último no se encuentra probado²³; o cuando la tentativa de un determinado delito está probada y se duda en relación con la consumación de aquél, etc.²⁴. Ejemplos: se sabe que el acusado cometió un homicidio, pero se duda sobre la posibilidad de que lo haya cometido por odio racial; se sabe que el autor falsificó un documento, pero no se puede comprobar que ello haya sido un medio para cometer una estafa.

Por su parte, la *relación de grado normativa* entre dos conductas puede darse en virtud de la intensidad del contenido del ilícito que se exige en cada uno de los tipos penales en cuestión²⁵, es decir, cuando entre ambas normas existe una relación *más-menos* que resulta de consideraciones valorativas. Por ejemplo entre un tipo imprudente –probado– y un tipo doloso –

¹⁸ Sobre otros ejemplos ver WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 43ª ed., 2013, nm. 808. Un ejemplo similar en WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987, p. 30; RGSt 11, p. 104.

¹⁹ Entre otros, ver WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 17; EL MISMO, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987, p. 34; BGHSt 9, p. 397; BGHSt 11, pp. 100 s.; BGHSt 22, p. 154 ss.; BGH, NJW, 1968, p. 1888; BGH, NJW, 1970, p. 668; BGH, MDR, 1970, p. 520; BGH, MDR, 1970, p. 430; JESCHECK, AT, 4ª ed., 1988, § 16, II 1. y s.; BAUMANN, «Comentario a la sentencia del BGH dictada el 28/10/1982, 4 StR 480/82», JZ, 1983, pp. 116 s.; PETERS, *Strafprozess*, 2ª ed., 1966, pp. 247 ss.

²⁰ Al respecto, ver WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 17; BGHSt 22, p. 156; BGHSt 11, p. 100 ss.; BGHSt 15, pp. 65 s.; BGHSt 23, p. 206; BayObLG, NJW, 1967, p. 362; BAUMANN, JZ, 1983, p. 116; BGH, NJW, 1968, p. 1888; BGH, NJW, 1970, p. 669; BGHSt 11, pp. 100 ss.; DALLINGER, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», MDR, 1957, p. 396.

²¹ Sobre la relación de grado véase, entre muchos otros, RENGIER, AT, 5ª ed., 2013, § 57 nm. 7; KINDHÄUSER, Vor §§ 52-55, LPK-StGB, 5ª ed., 2013, nm. 44 ss.

²² Sobre la explicación de la relación de grado lógica véase WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 43ª ed., 2013, nm. 806; BGH, MDR, 1970, p. 520; BGHSt 22, p. 12; BAUMANN, JZ, 1983, p. 116; NOROUZI, JuS, 2008, pp. 20 s.

²³ Ver WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 17.

²⁴ Sobre ello, hay autores que consideran que se trata de un caso de relación de grado lógica (véase RENGIER, AT, 5ª ed., 2013, § 57 nm. 8; BAUMANN, JZ, 1983, p. 116; BGHSt 23, p. 205), mientras que el BGH lo considera, en algunas oportunidades, un supuesto de relación de grado normativa (véase BGHSt 32, p. 57; BGHSt 11, pp. 100 ss.).

²⁵ Véase, entre muchos, WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 43ª ed., 2013, nm. 806; RENGIER, AT, 5ª ed., 2013, § 57, nm. 10 ss.

sobre el que recae la duda²⁶; o si se duda de si el acusado fue autor o partícipe²⁷; o si se duda de si el acusado fue inductor o cómplice (por complicidad psíquica)^{28 29}.

d) Los casos de “*pospendencia*” (*Postpendenz*) y “*prependencia*” (*Präpendenz*)³⁰ deben diferenciarse particularmente de los de SAC tanto propia como impropia. En aquellos supuestos, al igual que ocurre con la SAC impropia, las dudas recaen únicamente sobre cuestiones de hecho, mientras que la actividad de subsunción no presenta problemas³¹. Ahora bien, a diferencia de la SAC, esa duda se refiere solamente a *uno* de los dos hechos en cuestión³². Es decir, mientras que un comportamiento se encuentra probado, sobre el otro recaen las dudas probatorias. Además, entre las normas en cuestión no existe una relación de grado lógica ni normativa, sino que el legislador prescribió que la punibilidad del hecho posterior (en la prependencia) o del hecho previo (en la pospendencia) excluye la punibilidad y en algunos casos la tipicidad en relación con el otro.

Así, en el caso de la pospendencia, el hecho posterior (que excluye al anterior) se encuentra probado, mientras que la duda recae sobre ese delito previo³³. Un ejemplo de pospendencia se daría cuando se encuentra probado que una persona *recibe* un objeto robado (y no sólo que se encuentra en posesión de aquel), pero se duda con relación a su participación en ese delito de robo anterior³⁴. Mientras que en el supuesto de la prependencia ocurre la situación inversa, esto es, el hecho temporalmente anterior se encuentra probado, mientras que se duda respecto del

²⁶ Véase BGHSt 17, pp. 210 ss. También en la jurisprudencia alemana más antigua, p. ej.: RGSt 41, p. 389. El BGH en alguna oportunidad entendió, sin embargo, que entre el tipo doloso y el imprudente de un mismo delito no existía una relación de grado y, por lo tanto, aplicó SAC propia para condenar. Sobre esto último, véase BGHSt 4, p. 344. En la literatura ver NOROUZI, *JuS*, 2008, p. 20.

²⁷ Sobre ello, véase en la doctrina BAUMANN, *AT*, 6ª ed., 1974, §14 II 2 JESCHECK, *AT*, 4ª ed., 1988, § 16 II 1 s.; PETERS, *Strafprozess*, 2ª ed., 1966, p. 248; NOROUZI, *JuS*, 2008, p. 20. En contra: FUCHS, «Comentario al fallo dictado por el BayObLG el 09/11/1966, 1a St 214/66», *NJW*, 1967, p. 740. La jurisprudencia alemana más antigua rechazó que entre coautoría y complicidad existiese una relación de grado y entendió que entre ellas las diferencias eran ontológicas. Al respecto, véase RGSt 67, p. 139; RGSt 67, p. 407; DALLINGER, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», *MDR*, 1966, p. 558; BGHSt 22, p. 156. A partir de la Sentencia del 16/12/1969, el BGH aceptó la existencia de una relación de grado entre coautoría y complicidad. Así, véase BGH, *NJW*, 1970, p. 668; RGSt 71, pp. 364 s.; BGHSt 23, pp. 203 ss.; BGHSt 32, pp. 48 ss.

²⁸ Véase, entre muchos, BGHSt 32, p. 57; BGHSt 23, pp. 207 s.; BAUMANN, *JZ*, 1983, pp. 116 s., EL MISMO, *AT*, 6ª ed., 1974, §14 II 2.

²⁹ Otros ejemplos sobre la relación de grado normativa son los siguientes: 1) Cuando se duda de si el acusado fue cómplice de un robo o si sólo omitió denunciar un delito planeado (§ 138 StGB). Si no se logra probar que el acusado participó en dicho robo, será castigado por la omisión de denunciar un delito planeado, en virtud de la aplicación del *in dubio pro reo* (BGHSt 55, p. 150 ss.). 2) Cuando se duda de si el acusado cometió el delito previsto en el § 177 I, núm. 1 (abuso sexual con violencia) o en el § 224 I, núm. 5 (lesiones físicas por medio de un trato peligroso para la vida), ambos del StGB: así, BGH, *NStZ*, 2010, p. 698.

³⁰ Véase, entre otros, WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 801; SATZGER, § 1, *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 66 ss.

³¹ Sobre ello, véase BASAK, § 1, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 31; HRUSCHKA, «Zur logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger Beweisergebnisse im Strafprozeß», *JZ*, 1970, p. 637 ss.; JOERDEN, «Postpendenz- und Präpendenzfeststellungen im Strafverfahren», *JZ*, 1988, p. 847; WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987, p. 38; RICHTER, «Die Postpendenzfeststellung», *Jura*, 1994, p. 131 ss.

³² En este sentido, ver WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987, p. 38; FISCHER, § 1, *StGB*, 61ª ed., 2014, nm. 45; BASAK, § 1, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 33; BGHSt 35, pp. 86 ss.; BGH, *wistra*, 1989, p. 263; BGH, *NStZ*, 1989, p. 574.

³³ Sobre pospendencia, ver, por todos, SATZGER, § 1, *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 66; RENGIER, *AT*, 5ª ed., 2013, § 57 nm. 32; JOERDEN, *JZ*, 1988, p. 847; BASAK, § 1, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 33; FISCHER, § 1, *StGB*, 61ª ed., 2014, nm. 45; *NStZ*, 1989, p. 574; HRUSCHKA, *JZ*, 1970, p. 640.

³⁴ Véase, entre muchos, KINDHÄUSER, *Vor §§ 52-55, LPK-StGB*, 5ª ed., 2013, nm. 63; BGH, *NStZ*, 2011, p. 511. Otro ejemplo de pospendencia ver en HRUSCHKA, *JZ*, 1970, p. 640.

posterior³⁵. Ejemplo³⁶: se encuentra probado que varias personas se pusieron de acuerdo para cometer un delito determinado (§ 30 StGB), pero no se puede probar su participación en el delito posteriormente cometido³⁷.

3. SAC *propia*

3.1. Características

Efectuada ya una delimitación de la SAC propia con respecto a otros grupos de casos similares, corresponde ahora caracterizarla con detalle. La SAC se aplica cuando el juez, al momento de dictar sentencia conforme a las pruebas receptadas durante el juicio oral, si bien *está seguro* de que el acusado cometió *algún* delito, por dificultades probatorias no puede especificar en qué tipo penal de entre dos o más que ha seleccionado como *prima facie* aplicables se subsume ese comportamiento. En efecto, en función de la prueba recolectada en el juicio, ese único hecho puede subsumirse en más de un tipo penal alternativamente, tipos que sí han sido ya identificados por el juez³⁸.

En otras palabras, “una subsunción alternativa en la condena propia (*echte Wahlfeststellung*) entra en consideración, regularmente, en caso de subsunción equívoca respecto de sucesos fácticos externos”³⁹. Vale aquí repetir el ejemplo de las dudas que, al momento de la sentencia, persisten respecto a si aquel que fue hallado en posesión de objetos hurtados, los obtuvo mediante hurto o receptación⁴⁰.

El BGH afirma que “sólo se admite una subsunción alternativa en la condena si el juez está seguro de que uno de dos tipos penales fue realizado, pero no puede convencerse completamente de la realización de ninguno de ellos en particular”⁴¹. En este sentido, y con relación al ejemplo que se planteó arriba, el máximo tribunal penal alemán afirma que “la incertidumbre que recae sobre si el acusado es el receptador debe, por ejemplo, basarse en que él puede ser el ladrón, y a la inversa”⁴².

Entonces, si bien la única duda que habilita la aplicación de la SAC propia es la que recae sobre la elección del tipo penal que la conducta del acusado realizó⁴³ (siempre que las posibilidades alternativas hayan sido identificadas y que exista “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica”⁴⁴), esa duda se fundamenta en la falta de prueba sobre los hechos. Por lo tanto, las razones por las cuales esa falta de certeza o las dificultades para alcanzarla permanecen aún

³⁵ En relación con la preponderancia, véase, entre muchos, SATZGER, § 1, *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 67 a; KINDHÄUSER, Vor §§ 52-55, *LPK-StGB*, 5ª ed., 2013, nm. 65; JOERDEN, *JZ*, 1988, p. 852; HRUSCHKA, *JZ*, 1970, p. 640.

³⁶ Otro ejemplo de preponderancia véase en HRUSCHKA, *JZ*, 1970, p. 640.

³⁷ Al respecto, véase SATZGER, § 1, *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 67 a; RENGIER, *AT*, 5ª ed., 2013, § 57 nm. 34.

³⁸ Así, véase WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 805.

³⁹ BGH, *NJW*, 1970, p. 669.

⁴⁰ Este ejemplo es de WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 16.

⁴¹ BGHSt 12, p. 389.

⁴² BGHSt 12, p. 389.

⁴³ Sobre ello véase BGHSt 12, p. 389.

⁴⁴ Al respecto véase el apartado 5.1. del presente trabajo.

después de concluido el juicio oral se relacionan, exclusivamente, con la limitada capacidad de conocimiento fáctico del ser humano⁴⁵, que obviamente afecta también a los jueces.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia alemana, al momento de dictar sentencia con aplicación de SAC propia, el juez deberá imponer una pena conforme a la escala penal prevista en el tipo penal más leve de los que alternativamente se le atribuyen al acusado⁴⁶. Basándose en ello, la doctrina dominante y la jurisprudencia en Alemania concluyen que la SAC propia no sólo no vulnera el *in dubio pro reo*, sino que éste, en tales supuestos, cumple con su función de proteger al acusado, porque –se afirma– es precisamente en virtud de dicho principio que se lo condena por el tipo penal más leve⁴⁷. Esto será analizado más abajo.

3.2. Requisitos para su aplicación

Según la doctrina mayoritaria, los requisitos que tienen que darse para que pueda aplicarse la SAC propia son los siguientes⁴⁸:

- a) Que el juez tenga *claro* que el acusado cometió *algún* delito (y no más de uno)⁴⁹.
- b) Que se hayan agotado *todos* los medios de prueba o de conocimiento disponibles en el juicio oral⁵⁰.
- c) Que después de haberse practicado toda la prueba subsistan dudas –basadas en una situación probatoria deficiente con relación a los hechos– sobre cómo debe *subsumirse* ese hecho en *un* tipo penal. En otras palabras, que no sea posible determinar con precisión cuál de entre varios tipos penales alternativos es el que realizó el acusado⁵¹.
- d) Que cada una de las posibilidades constituya un delito⁵².
- e) Que entre los tipos penales en los cuales podría subsumirse alternativamente el hecho no exista una relación de grado lógica ni normativa que habilite la aplicación del *in dubio pro reo*⁵³, sino que entre ellos haya “exclusividad alternativa” (*alternative Exklusivität*). Es decir, que al acusado sólo pueda serle atribuido uno de ellos, puesto que si el juez tiene por cierto a uno, el otro

⁴⁵ Ver WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 16; RGSt 66, pp. 163 ss.

⁴⁶ Así, entre muchos otros fallos, BGH, NStZ, 2000, pp. 473 s.; BGHSt 25, p. 186.

⁴⁷ En este sentido véase, por todos, WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 277. En contra, HEINITZ, «Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozess», JZ, 1952, pp. 100 ss.

⁴⁸ Sobre los requisitos que se tienen que cumplir para que pueda aplicarse la SAC propia (según la doctrina y la jurisprudencia alemana), véase por todos, SATZGER, § 1, SSW-StGB, 2ª ed., 2014, nm. 72 ss.

⁴⁹ Así, BGHSt 12, pp. 388 s.; HRUSCHKA, JZ, 1970, p. 637; FISCHER, § 1, StGB, 61ª ed., 2014, nm. 33; WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 15; RICHTER, Jura, 1994, p. 131.

⁵⁰ Véase, entre muchos, BGHSt 12, p. 388; BGHSt 21, p. 152; BGHSt 25, p. 183; FISCHER, § 1, StGB, 61ª ed., 2014, nm. 33; JESCHECK, AT, 4ª ed., 1988, §16 III 2 a); WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 15; RICHTER, Jura, 1994, p. 131.

⁵¹ Vid. nota anterior. También véase BGH, NStZ, 1987, p. 474.

⁵² Así BGHSt 12, p. 388; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 43ª ed., 2013, nm. 806.

⁵³ Entre muchos otros véase BGHSt 22, p. 156; BGHSt 23, pp. 204 s.; BGHSt 25, p. 183; BGH, NStZ, 2010, p. 698; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 43ª ed., 2013, nm. 806.

inevitablemente tiene que ser rechazado⁵⁴.

f) Que al acusado, en virtud de los hechos probados, se lo pueda castigar por cualquiera de los dos delitos (aunque alternativamente), es decir, que no sea impune en relación con uno de ellos⁵⁵ (en virtud de que, por ejemplo, opere a su favor una excusa absolutoria).

g) Que ambas imputaciones alternativas hayan estado contenidas en la acusación o que se haya efectuado una acusación posterior conforme a la ley (§§ 264⁵⁶ y 266 StPO)⁵⁷.

3.3. Diferentes posturas doctrinales

Como ya dije, la construcción de la SAC propia ha sido desarrollada y aplicada sólo en Alemania, aunque las opiniones de los mismos autores alemanes respecto de su admisibilidad no son homogéneas. En efecto, en la literatura de ese país se han difundido tres posturas sobre la posibilidad de subsumir alternativamente (en la condena) *un* hecho en *diferentes* tipos penales, a saber: a) la postura que acepta esta posibilidad sin ninguna restricción (tesis afirmativa extrema)⁵⁸; b) la que rechaza toda forma de SAC propia (tesis negativa extrema)⁵⁹; y c) la que la admite en determinados casos y siempre que se cumplan ciertas condiciones que limiten su aplicación (tesis intermedia)⁶⁰. A continuación explicaré cada una de ellas con más precisión.

La mayoría de los autores en Alemania considera que en los casos de SAC propia acaece un conflicto entre dos principios, derivados, a su vez, del principio del Estado de Derecho, esto es: entre el “principio de seguridad jurídica” (*Rechtssicherheitsprinzip*) y el “principio de justicia en el caso concreto” (*Einzelfallsgerechtigkeitsprinzip*). Sin perjuicio de lo que más adelante diré al respecto, cabe adelantar aquí que en Alemania dichos principios no tienen el mismo contenido conceptual que en Argentina. En este contexto, la doctrina alemana entiende que se respeta la “seguridad jurídica” cuando “una condena puede ser impuesta únicamente en virtud de un tipo penal *determinado* (en el sentido de claro, preciso o taxativo), establecido por el Derecho material”⁶¹. Por “justicia en el caso concreto” la literatura alemana entiende, por su parte, “que el

⁵⁴ Sobre “alternatividad exclusiva” véase, por todos, WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 15, también en nota a pie 4; BGHSt 12, cit., p. 389; RICHTER, *Jura*, 1994, p. 131; NSTZ, 1987, p. 474.

⁵⁵ Así, SCHMITZ, § 1, *MüKo*, 2ª ed., 2011, nm. 44.

⁵⁶ El § 264 StPO reza: “El objeto de la sentencia. 1) El objeto de la sentencia es el hecho descripto en la acusación, tal como fue planteado como resultado del juicio. 2) El Tribunal no está sujeto a la valoración del hecho que sustenta el auto de apertura del juicio oral”.

⁵⁷ Véase OLG Celle, *MDR*, 1987, p. 76; JESCHECK, *AT*, 4ª ed., 1988, §16 III 3; SCHMITZ, § 1, *MüKo*, 2ª ed., 2011, nm. 45.

⁵⁸ En este sentido véase VON HIPPEL, «Zur Problem der Wahlfeststellung», *NJW*, 1963, pp. 1534 y s; NÜSE, «Die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen», *GA*, 1953, p. 39.

⁵⁹ Véase, entre muchos, FREUND, *FS-Wolter*, 2013, p. 44; SCHMIDHÄUSER, *AT Lehrbuch*, 2ª ed., 1984, 3/89; MAURACH/ZIPE, *AT*, t. 1, 8ª ed., 1992, §10 III 2, nm. 26 s.; ALWART, «Darf ein Angeklagter Mangel an Beweisen verurteilt werden? Eine Studie zur Überzeugungsbildung des Strafrichters (§261 StPO)», *GA*, 1992, pp. 562 ss. En sentido similar, ver HEINITZ, *JZ*, 1952, pp. 100 ss.; EL MISMO, «Zum Verhältnis der Wahlfeststellung zum Satz in dubio pro reo», *JR*, 1957, pp. 126 ss.

⁶⁰ Esta postura es mayoritaria en la literatura alemana. Entre otros véase BASAK, § 1, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 28 ss.; WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 47; DEUBNER, «Die Grenzen der Wahlfeststellung –BGH, NJW 1961, 1936», *JuS*, 1962, pp. 21 ss.; JESCHECK, *AT*, 4ª ed., 1988, §16 III 3.

⁶¹ RICHTER, *Jura*, 1994, p. 130. La cursiva y el paréntesis son agregados.

autor debe ser castigado si está claro que ha cometido un delito”⁶².

Así, en virtud del principio que se considere que tiene más peso se decidirá si se admite o se rechaza la aplicación de la SAC propia. Las posturas extremas se dividen entre los que consideran que el principio de seguridad jurídica tiene supremacía en todos los casos sobre el de justicia en el caso concreto y, por lo tanto, rechazan de plano toda posible aplicación de SAC propia (tesis negativa extrema)⁶³; y aquellos que, por el contrario, sostienen que la SAC está permitida por las normas penales alemanas y que la idea de justicia en el caso concreto tiene absoluta primacía con relación al principio de seguridad jurídica, por lo que la admiten en todos los casos (tesis afirmativa extrema)⁶⁴.

La única modalidad de SAC propia que tuvo recepción legislativa en Alemania fue la de la versión afirmativa extrema. Ello ocurrió durante el nacionalsocialismo. En el año 1935 se incorporaron los § 2b StGB⁶⁵ y § 267b StPO⁶⁶. En 1946, tras la culminación de la segunda guerra mundial dichos párrafos fueron derogados, y tanto la jurisprudencia como la doctrina alemana retomaron la postura del Tribunal del Imperio alemán (*Reichsgericht*, en adelante: RG), previa a la sanción de esas normas, que enseguida describiré. Lo cierto es que, si bien la postura dominante desde mediados del siglo XX hasta nuestros días acepta la aplicación de la SAC propia, lo hace sólo en relación con determinados casos y bajo condiciones bastante estrictas⁶⁷, que expondré en las siguientes secciones.

En otras palabras, la mayoría de los autores en Alemania sostiene una posición *intermedia* en relación con la aplicación de la SAC propia. Los representantes de esta versión intermedia afirman que dicho instituto está permitido conforme a la legislación alemana, pero que su posibilidad de aplicación es muy limitada. De ese modo pretenden garantizar que su aplicación no afecte demasiado al principio de seguridad jurídica, al que harán ceder –en casos puntuales– frente al principio de justicia en el caso concreto⁶⁸. En Alemania se sostiene, pues, que hay una SAC propia permitida (que es la aquí señalada como tesis intermedia) y otra SAC propia prohibida (que es la aquí descripta como tesis afirmativa extrema)⁶⁹.

⁶² RICHTER, *Jura*, 1994, p. 130.

⁶³ Así, entre otros, ALWART, GA, 1992, pp. 562 ss.; FREUND, *FS-Wolter*, 2013, p. 59.

⁶⁴ Véase VON HIPPEL, *NJW*, 1963, pp. 1534 s.

⁶⁵ El § 2b StGB de esa época rezaba: “Si está claro que alguien infringió una entre varias normas penales pero sólo es posible una subsunción alternativa de ese hecho en ellas, el autor será castigado conforme a la norma más leve”.

⁶⁶ Por su parte, el § 267b StPO rezaba: “Si el tribunal subsume el hecho alternativamente en la condena (§ 2b StGB), el acusado sólo será declarado culpable en la sentencia por la lesión a la ley penal que se aplica. Los fundamentos de la sentencia deberán indicar qué norma es la que se considera infringida. Las cuestiones de hecho que configuran la infracción deben ser comprobadas. Debe explicarse por qué no es posible una subsunción unívoca. Si el tribunal prescinde de la subsunción alternativa en favor de una petición introducida en el juicio oral, deberá exponer los motivos”.

⁶⁷ Así, por todos, ver WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, pp. 47 s.; SATZGER, § 1, *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 71; BAUMANN, *AT*, 6ª ed., 1974, §14 II 1; JESCHECK, *AT*, 4ª ed., 1988, §16 III 3; BGHSt 1, p. 128, p. 304; BGHSt 11, p. 101; BGHSt 15, pp. 266 ss.; BGHSt 16, p. 184 ss.; BGHSt 21, p. 153; BGHSt 23, p. 361.

⁶⁸ Así, entre muchos otros, WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 805.

⁶⁹ Ver, entre muchos, WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 47.

4. La SAC en la jurisprudencia alemana

La jurisprudencia alemana, por su parte, de la misma manera que la postura mayoritaria en la doctrina, admitió y aplicó la SAC propia en su versión intermedia en forma constante desde finales de la década del '40 (del siglo XX) y, por lo menos, hasta principios de 2014⁷⁰. Ahora bien, como esto no fue así siempre, a continuación se efectuará un breve repaso de las diferentes etapas de la jurisprudencia alemana en relación con la SAC en general, para mostrar la forma en que los máximos tribunales alemanes penales aplican esta construcción. En este sentido, es importante destacar que estos tribunales utilizan –nominalmente– la construcción de la SAC propia para resolver cuestiones que, en realidad, configurarían, materialmente, supuestos de SAC impropia, esto es, aquellos en los que la incertidumbre respecto de los hechos no afecta su subsunción en una norma determinada. La jurisprudencia más antigua, por su parte, consideró que los supuestos de pospendencia habilitaban la aplicación de una SAC propia.

La doctrina cree que el legislador alemán era consciente del problema que aquí se analiza ya al momento de la sanción del Código Procesal Penal alemán del año 1877⁷¹. Sin embargo, decidió no legislar (al menos expresamente) esta figura jurídica dentro del cuerpo legal referido. Durante la época del Imperio, el máximo tribunal alemán penal fue muy moderado en cuanto a la aceptación y aplicación de la SAC y, cuando lo hacía, aplicaba esta figura penal a supuestos como los de SAC impropia, en particular al caso en el que está claro el tipo penal realizado pero hay dudas sobre cuál de entre sus diferentes formas de ejecución fue la que llevó a cabo el acusado (subsunción unívoca –en la condena– por alternatividad pura sobre los hechos)⁷².

Así, por ejemplo, en un caso ya mencionado aquí, el RG condenó por coacción en virtud del uso de violencia o por coacción en virtud del uso de amenaza de sufrir un mal inminente, con expresa referencia a la SAC (*Wahlfeststellung*). Lo correcto hubiera sido, conforme a las características de estas figuras jurídicas, condenar unívocamente por coacción, aunque en virtud de alternatividad sobre las formas de comisión de ese tipo penal. Esta forma de condena no viola el principio constitucional de legalidad ni en su colorario de ley previa ni en el de ley cierta. Pero no me detendré en este análisis.

En otra sentencia (de fecha 09/11/1891) el RG sostuvo, por un lado, que el principio *nullum crimen sine lege* es tan dominante en el Derecho penal que sólo puede imponerse una pena cuando, en relación con la conducta que condujo al castigo, pueda comprobarse que realizó una norma penal determinada, y que ese comportamiento reúne todos los requisitos de ese tipo penal⁷³. No obstante, el máximo tribunal alemán de esa época admitió que la ley penal autoriza en algunos casos una subsunción alternativa en la condena, siempre y cuando la acción típica prevea alternativamente diferentes circunstancias como modalidades alternativas *del mismo delito*

⁷⁰ En este sentido véase, entre muchos, BGH, *NStZ*, 2014, pp. 392 ss.

⁷¹ Véase WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 20; NÜSE, GA, 1953, p. 33.

⁷² Véase, entre otros, RGSt 11, pp. 103, s. (fuerza o intimidación, § 253); RGSt 12, pp. 351 s.; RGSt 22, p. 216; RGSt 23, p. 48; RGSt 35, pp. 299 s.; RGSt 53, pp. 231 s.; RGSt 56, p. 61; WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 21; NÜSE, GA, 1953, p. 33.

⁷³ Así RGSt 22, p. 216.

y que la pena legislada para cada una de ellas sea la misma⁷⁴.

En aquel entonces, el RG rechazaba la aplicación de la SAC propia entre tipos penales *diferentes*, porque entendía que, aun en el caso de que ellos tuviesen ciertas características en común y la misma pena, jurídicamente estaban constituidos de manera distinta, y que cada uno de ellos requería, por tanto, una valoración también diferenciada⁷⁵. En otras palabras, ese tribunal alemán, a finales del siglo XIX y principios del XX, no admitía la aplicación de la SAC (propia) cuando había incertidumbre fáctica con relación a tipos penales diferentes que se excluían entre sí⁷⁶.

Años después, el RG admitió la posibilidad de aplicar la SAC entre tipos penales diversos, siempre que ellos constituyeran agravantes del mismo rango y de un mismo delito⁷⁷. Por lo tanto, el RG se mantuvo en la tesitura de admitir como supuestos de SAC a aquellos que, en rigor, constituían casos de SAC impropia. En este sentido, el RG sostuvo que la “subsunción alternativa está permitida únicamente cuando se trata de diferentes formas de cometer un mismo delito, las que, aun cuando se encuentren en distintas disposiciones normativas, son jurídicamente equivalentes y no constituyen tipos penales diferentes. Ella (la SAC) no estará permitida cuando la duda recaiga sobre tipos penales que difieran el uno con el otro tanto de hecho como jurídicamente, de tal manera que (la comisión de) uno suprima al otro y, en consecuencia, deba ser castigado en forma diferente”⁷⁸.

Así, hasta el año 1934 el máximo tribunal alemán negó la posibilidad de condenar por aplicación de SAC propia a casos en los que, de acuerdo con la opinión dominante en la doctrina, ello hubiese correspondido. La posición de la jurisprudencia era, por tanto, más liberal que la de la doctrina mayoritaria, porque no aplicar SAC propia implica la absolución del acusado. Pero en ese año, ya durante el nacionalsocialismo, el RG, mediante un fallo dictado por las salas penales reunidas en pleno⁷⁹, introdujo el criterio de “la equiparabilidad ético-jurídica y psicológica” (*rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit*) para identificar un grupo de casos respecto de los cuales decidió comenzar a admitir la SAC propia. Se apartó, así, del criterio sentado por la 2ª Sala penal del mismo tribunal en el fallo 2D 1078/31, de fecha 12/11/1931, que rechazaba la posibilidad de aplicar la SAC propia entre el hurto y la receptación⁸⁰.

Tal como se explicará más abajo, a partir de este nuevo criterio se exige que entre los tipos penales en cuestión exista equiparabilidad ético-jurídica y psicológica para que pueda aplicarse la SAC propia, sin importar entonces que sean dos delitos diferentes⁸¹. Así, el RG amplió la aplicabilidad de la SAC entre tipos penales que establecen delitos distintos, como por ejemplo

⁷⁴ Al respecto véase RGSt 22, p. 216; RGSt 26, pp. 157 s.; RGSt 35, p. 300.

⁷⁵ Véase, por todos, RGSt 35, p. 300.

⁷⁶ En este sentido, ver RGSt 53, p. 232.

⁷⁷ Así, RGSt 55, p. 44 s.; p. 228 ss.; RGSt 23, p. 47; WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 21; NÜSE, GA, 1953, p. 33.

⁷⁸ RGSt 53, p. 231; similar RGSt 56, p. 61.

⁷⁹ Véase RGSt 68, pp. 257 ss.

⁸⁰ Véase RGSt 68, p. 258.

⁸¹ Sobre ello, véase, entre muchos, RGSt 68, p. 257 ss.; BGH, *NStZ*, 2014, pp. 392 ss.; BGHSt 9, p. 393 s.; BGH, *NStZ*, 1985, p. 123; BGH, *NStZ*, 2008, p. 646; *NStZ*, 2000, p. 474; BGH, *NStZ*, 1974, p. 805; WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, pp. 79 ss.

entre el hurto y la receptación⁸². El máximo tribunal alemán entendió, en definitiva, que el hecho del receptor contiene la misma desaprobación ética que el del ladrón⁸³.

Como ya se dijo, en el año 1935, mediante la incorporación de los parágrafos 2b StGB y el 267b StPO, se admitió legalmente la subsunción alternativa en la condena *sin* limitaciones⁸⁴. En consecuencia, el RG admitió la aplicación de la SAC propia entre tipos penales que ni siquiera son equiparables, como por ejemplo entre la complicidad en una tentativa de aborto y una estafa⁸⁵. Se ha dicho ya que a principios de 1946 se derogaron las dos normas recién citadas⁸⁶. A partir de ello, y como ya fuera adelantado con relación sólo a la doctrina, también la jurisprudencia, ya a través del BGH, retomó el criterio anteriormente sostenido por el RG en lo que se refiere a la SAC⁸⁷, es decir: admitir su aplicación sólo si se diera la “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica”.

Así, por ejemplo, el máximo tribunal alemán penal de esta nueva época rehusó a admitir la SAC propia entre los delitos de robo agravado y receptación⁸⁸, o entre robo y apropiación indebida⁸⁹, precisamente porque entre esos tipos penales no se cumple con el requisito de equiparabilidad mencionado. Sin embargo, en relación con el segundo ejemplo, el BGH tampoco absolvió al acusado. Así, en primer lugar, el mencionado tribunal, en virtud del *in dubio pro reo*, redujo el robo al tipo penal más leve contenido en él: el hurto. Y en segundo lugar, aplicó la SAC propia entre ese delito menos grave (hurto) y el otro en el que también podía subsumirse la conducta en cuestión (apropiación indebida), y condenó de ese modo al acusado por hurto o apropiación indebida.

En otras palabras, si bien el BGH no admitió la SAC propia entre el robo y la apropiación indebida porque consideró que entre ellos no había equivalencia ético-jurídica ni psicológica, sí la admitió (previo reducir el robo a hurto) entre el hurto y la apropiación indebida, puesto que entendió que entre ellos sí se dan las exigencias mencionadas. De este modo, al reducir los delitos más graves a sus formas más básicas, dicho tribunal acabó condenando por SAC propia en supuestos en los que, según él mismo, tal posibilidad de condena no estaba permitida⁹⁰.

⁸² Así, ver RGSt 68, p. 257 ss.

⁸³ En este sentido, véase RGSt 68, p. 262.

⁸⁴ Véase al respecto, entre muchos, NÜSE, GA, 1953, p. 33.

⁸⁵ Ver RGSt 69, pp. 371 ss.; RGSt 71, pp. 44 ss. También se admitió la SAC propia entre complicidad de asesinato y omisión de denunciar un delito inminente, ver RGSt 73, p. 60.

⁸⁶ Véase al respecto WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 22.

⁸⁷ Entre muchos, véase BGHSt 1, p. 128; BGHSt 1, p. 304; BGHSt 11, p. 101; BGHSt 15, pp. 63 ss.; BGHSt 15, pp. 266 ss. En la doctrina posterior véase, por todos, BAUMANN, AT, 6ª ed., 1974, § 14 II 1.

⁸⁸ Al respecto véase BGHSt 21, p. 154; WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987, p. 51. Cabe aclarar que en la literatura alemana las opiniones al respecto no son homogéneas. Así, muchos autores entienden que se podría reducir el delito de robo (o robo agravado) al de hurto –contenido en él– y, en consecuencia, aplicar la SAC propia entre ese hurto y la receptación. Véase al respecto por ejemplo WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, pp. 75 s.; KÜPER, «Wahlfeststellung und Anwendung des § 158 StGB bei einander widersprechenden Zeugenaussagen», NJW, 1976, p. 1829.

⁸⁹ Véase BGHSt 21, p. 154; BGHSt 25, pp. 184 ss.; WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987, pp. 51 s.

⁹⁰ Sobre la aplicación combinada del *in dubio pro reo* y la SAC propia, véase, por todos, WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987, pp. 51 s.; BGHSt 25, pp. 184 ss.

Como ya fuera anunciado, a principios de 2014 la 2ª Sala del BGH rechazó –por inconstitucional– la aplicación de la SAC propia en un caso que hasta entonces estaba dentro de los admitidos, esto es, en un supuesto en el que la duda recaía sobre la subsunción de *un* hecho, cuyos tipos penales alternativamente posibles eran el hurto y la receptación⁹¹. Así, tras años de aplicación constante de la SAC propia a estos supuestos, se reabrió la discusión en Alemania sobre su admisibilidad (véase más abajo, 7).

5. Criterios limitadores de la SAC propia

Ya he mencionado que, para limitar de algún modo la SAC propia, el RG introdujo en una sentencia del año 1934 el criterio de la “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica”, en función del cual condenó a una persona por hurto o receptación. La literatura alemana, desde la segunda posguerra hasta nuestros días, ha criticado este criterio jurisprudencial por su vaguedad y por considerarlo demasiado amplio⁹², no obstante su objetivo limitador. A raíz de dichas críticas se han desarrollado en la doctrina otros criterios que persiguen establecer cuándo puede aplicarse la SAC propia y cuándo no, como por ejemplo, entre otros, la “identidad del núcleo del ilícito” (*Identität des Unrechtskerns*), la teoría del “hecho posterior co-penado” (*mitbestrafte Nachtat*) y la teoría del “tipo penal subsidiario” (*Auffangtatbestand*)⁹³. Los resultados son, no obstante, sorprendentes, pues dichos criterios doctrinales, como enseguida se verá, terminan siendo más amplios aún que el de la jurisprudencia. A continuación explicaré los dos criterios limitadores más importantes.

5.1. Equiparabilidad ético-jurídica y psicológica

Según postura estable del BGH desde mediados del siglo XX, para aplicar la SAC propia “debe tenerse en cuenta que las formas de comportamiento en cuestión sean jurídica y psicológicamente equiparables”⁹⁴. Ya expliqué el surgimiento de este criterio y algunas particularidades sobre su origen. Seguidamente analizaré únicamente qué se entiende tanto por “equiparabilidad ético-jurídica” como por “equiparabilidad psicológica”.

Cuando el máximo tribunal alemán penal alude a la necesidad de que entre los tipos penales en los cuales una conducta podría subsumirse alternativamente exista “equiparabilidad ético-jurídica”, se refiere a que entre ellos debe existir una “gran similitud en cuanto a la gravedad del reproche de culpabilidad, de forma tal que su valoración ética y jurídica sea equiparable conforme al sentido jurídico general”⁹⁵. Es decir: equiparabilidad respecto a lo que hace que sean punibles⁹⁶. Lo que se exige con relación a esta categoría, entonces, es que los tipos penales en

⁹¹ Ver BGH, *NStZ*, 2014, pp. 392 ss.

⁹² Véase, por todos, WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 85.

⁹³ Entre muchos véase nuevamente WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, pp. 109 s.; también BASAK, § 1, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 32.

⁹⁴ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 806. Similar BGHSt 9, pp. 393 s.; BGHSt 11, p. 28; BGHSt 23, p. 204; BGHSt 30, p. 78; BGH, *wistra*, 1985, pp. 67 s.; OLG Saarbrücken, *NJW*, 1976, pp. 67 s.; WOLTER, *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1987, pp. 98 ss.; SATZGER, § 1, *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 78 s.; DEUBNER, *JuS*, 1962, p. 22.

⁹⁵ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 806. Similar BGHSt 9, p. 394; BGH, *wistra*, 1985, p. 67.

⁹⁶ Véase BGHSt 9, p. 394.

cuestión protejan o bien los mismos bienes jurídicos o bien que sean muy similares⁹⁷. Con relación a la “equiparabilidad psicológica”, el BGH exige que entre el autor y los tipos penales en juego exista una “relación anímica” (*seelische Beziehung*) similar, es decir, que sean anímicamente equiparables las circunstancias que motivaron al autor en relación con cada uno de esos tipos penales, así como su actitud frente a los respectivos bienes jurídicos⁹⁸.

Así, conforme al criterio de la equiparabilidad ético-jurídica y psicológica, el BGH entiende que la SAC propia estará permitida cuando las dudas que recaen sobre los hechos no permiten subsumirlo en una determinada norma penal, sino en más de una alternativamente, como por ejemplo en las siguientes combinaciones de tipos penales⁹⁹: hurto y receptación¹⁰⁰; hurto agravado en banda y receptación en banda¹⁰¹; hurto y aseguramiento de los beneficios del delito (favorecimiento real)¹⁰²; falso testimonio y falsa denuncia¹⁰³; estafa y receptación¹⁰⁴; estafa y estafa cometida por medio de computadoras¹⁰⁵, etc. Por el contrario, el BGH ha rechazado la posibilidad de aplicar la SAC propia por falta de equiparabilidad ético-jurídica y psicológica cuando se trata de alguna de las siguientes combinaciones¹⁰⁶: tentativa de aborto y estafa¹⁰⁷; hurto y extorsión¹⁰⁸; hurto en banda, con armas o entre personas que cohabitan y receptación¹⁰⁹; robo, robo agravado y receptación¹¹⁰, etc.

Como ya se adelantó, la principal objeción que la doctrina alemana esgrime contra este criterio es que lo considera una fórmula vacía o demasiado vaga y, por lo tanto, propicia para conducir a la inseguridad jurídica¹¹¹. Por eso, gran parte de la literatura alemana de la posguerra sostuvo la teoría de la identidad del núcleo del ilícito para evitar las objeciones vertidas contra esta fórmula

⁹⁷ Véase BGH, *wistra*, 1985, p. 67; BGHSt 30, p. 78; BGHSt 23, pp. 360 s.

⁹⁸ Sobre ello véase, entre muchos otros, WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 806; BGHSt 9, p. 394; BGH, *wistra*, 1985, p. 67; BGH, *NJW*, 1976, p. 68.

⁹⁹ Sobre estos ejemplos y otros véase FISCHER, § 1, *StGB*, 61ª ed., 2014, nm. 41 s.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 807; BASAK, § 1, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 32.

¹⁰⁰ Sobre la SAC propia entre los §§ 242 y 259 StGB, ver RGSt 68, pp. 257 ss.; BGHSt 1, p. 302; BGHSt 9, p. 393; BGHSt 12, p. 388; BGH, *wistra*, 1990, pp. 225 ss. El RG sostuvo –y ello fue tomado luego por el BGH– que “la admisión de la condena por hurto o receptación se ajusta al sentimiento jurídico general, en el sentido de que el hecho del receptor ‘produce la misma desaprobación ética que el del ladrón’” (BGHSt 9, p. 393).

¹⁰¹ Sobre la SAC propia entre los §§ 244, 244a y 260 y 260a StGB, véase BGH, *wistra*, 2000, pp. 258.

¹⁰² Véase, sobre la SAC propia entre los §§ 242 y 257 StGB, BGHSt 23, p. 360. En contra: HRUSCHKA, «„Wahlfeststellung“ zwischen Diebstahl und sachlicher Begünstigung?», *NJW*, 1971, pp. 1392 ss.

¹⁰³ Sobre la aplicación de la SAC propia entre los §§ 154 y 164 StGB, véase BGHSt 32, p. 149; OLG Braunschweig, *NJW*, 1959, pp. 1144 s.

¹⁰⁴ Sobre la SAC propia entre los §§ 263 y 259 StGB, véase BGH, *NJW*, 1974, p. 804 s.

¹⁰⁵ Respecto de la SAC propia entre los §§ 263 y 263a StGB, véase BGH, *NStZ*, 2008, pp. 281 s.; BGH, *wistra*, 2013, pp. 271.

¹⁰⁶ Sobre ello véase, entre muchos, BASAK, § 1, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 32; FISCHER, § 1, *StGB*, 61ª ed., 2014, nm. 44.

¹⁰⁷ Se rechaza la aplicación de la SAC propia entre los §§ 218, 22, 23 I y 263 StGB (BGH, Sentencia del 20/05/1958, 5 StR 101/58). Así, DALLINGER, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», *MDR*, 1958, p. 739.

¹⁰⁸ Entre los §§ 242 y 253 StGB no se admite SAC propia. Por todos, véase WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 807.

¹⁰⁹ Sobre la inadmisibilidad de SAC propia entre los §§ 244 y 259 StGB véase, por todos, BGH, *NStZ*, 2008, p. 646.

¹¹⁰ No se admite la SAC propia entre los §§ 249, 250 y 259 StGB. Véase, por todos, BGHSt 21, p. 152.

¹¹¹ Sobre las críticas a la fórmula de la “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica” véase, entre muchos, BASAK, § 1, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 32; WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, pp. 79 ss.

de la jurisprudencia¹¹². A continuación daré cuenta de dicha teoría.

5.2. Identidad del núcleo del ilícito

La teoría de la identidad del núcleo del ilícito sostiene que, para que pueda aplicarse una SAC propia entre los tipos penales en los cuales podría subsumirse alternativamente la conducta que fundamenta la condena, debe existir cierta semejanza en el núcleo del ilícito. En otras palabras, los tipos penales (alternativos) en cuestión deben compartir el mismo contenido medular en cuanto a su ilícito, es decir: no sólo deben ser compatibles con relación al bien jurídico sino también respecto de la forma en que aquel es atacado¹¹³. De esta manera algunos autores alemanes, en aras de una supuesta mayor seguridad jurídica, acabaron extendiendo la aplicación de SAC propia a casos en los cuales el criterio de la “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica” la rechazaría, como por ejemplo entre robo agravado y receptación¹¹⁴, por lo que también en esta etapa la postura de la doctrina resulta menos liberal que la de la jurisprudencia (recuérdese que *no* aplicar SAC propia implica absolver al acusado).

En este sentido, parte de la literatura alemana sostiene que, como el núcleo del ilícito de los delitos de robo *agravado* y el de receptación consiste en la apropiación antijurídica de un bien ajeno o en el ataque a la propiedad (la receptación en Alemania es un delito contra el patrimonio), debería admitirse la SAC propia en estos casos¹¹⁵. Esta posibilidad es rechazada por el BGH, puesto que ese tribunal entiende que entre los referidos delitos no existe equiparabilidad ético-jurídica ni psicológica¹¹⁶.

El BGH sostiene al respecto que “quien roba lesiona no sólo la propiedad y la custodia (...), sino también la libertad de la víctima, es decir, un bien jurídico que no es equiparable”¹¹⁷ con el que lesiona el receptor. Agrega también que, conforme al sentido jurídico general, la desaprobación ética del robo agravado es mucho más fuerte que la del receptor¹¹⁸. Como consecuencia de esto, el BGH absolvió. Los autores que sostienen la teoría de la identidad del núcleo del ilícito, en cambio, defienden su posición diciendo que una condena en estos supuestos (aplicando SAC propia) no es injusta en virtud de que al acusado se le aplica la pena más leve (receptación)¹¹⁹, y porque los tipos penales referidos contienen el mismo reproche o uno muy emparentado¹²⁰.

¹¹² En este sentido véase WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, pp. 74 s.; BASAK, § 1, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 32; JESCHECK, *AT*, 4ª ed., 1988, §16 III 3.

¹¹³ Véase, por todos, JESCHECK, *AT*, 4ª ed., 1988, §16 III 3.

¹¹⁴ Así, entre otros, DEUBNER, «Comentario a la sentencia del BGH dictada el 11/11/66, 4 StR 387/66», *NJW*, 1967, pp. 738 s.; WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, pp. 75 s.

¹¹⁵ Sobre ello véase, entre muchos otros, DEUBNER, *NJW*, 1967, p. 738; WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, pp. 75 s.

¹¹⁶ Véase, por todos, BGHSt 21, pp. 152 ss.

¹¹⁷ BGHSt 21, p. 154.

¹¹⁸ En este sentido véase, por todos, BGHSt 21, p. 154.

¹¹⁹ La escala penal a tenerse en cuenta al momento de dictarse una sentencia en la que se aplica SAC propia es siempre la prevista para el tipo penal más leve, entre los que alternativamente se subsume el hecho que fundamenta la condena. Véase, al respecto, WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 810.

¹²⁰ En este sentido véase, por todos, DEUBNER, *NJW*, 1967, pp. 738 s.

6. Seguridad jurídica vs. justicia en el caso concreto

Esta forma de condenar –con aplicación de SAC propia– no tiene regulación en ninguna norma expresamente sancionada por el legislador alemán, en ningún nivel legislativo. Como consecuencia de ello, algunos autores de ese país sostienen la necesidad de su regulación legal, porque consideran que de lo contrario se afecta el principio de ley previa, derivado del principio de legalidad (§ 1 StGB y art. 103 II GG)¹²¹. La doctrina dominante, en cambio, entiende que la aplicación de la SAC propia, aunque no tenga regulación expresa en la legislación, no afecta a aquel principio y que la necesidad de legislar esta figura jurídica, si es que la hay, se debe a que se considera que en la praxis se extienden los límites de su aplicación cada vez más; que se la utiliza en casos en los que no estaría permitida y que, en consecuencia, se afecta el principio de “seguridad jurídica”, derivado del principio del Estado de Derecho (art. 20 III GG)¹²².

La opinión mayoritaria y la jurisprudencia constante en Alemania entienden, entonces, que la subsunción alternativa en la condena propia en su versión limitada está permitida por el ordenamiento jurídico alemán en función del principio de justicia en el caso concreto¹²³, derivado del principio del Estado de Derecho (art. 20 III GG)¹²⁴. Además, la justifican por razones político-criminales¹²⁵. Se sostiene, en efecto, que esta construcción debe ser entendida como una “solución de conflictos simbólica, que debe compensar la expectativa frustrada de los ciudadanos sobre el cumplimiento de la norma”¹²⁶. O que “un rechazo de principio a la SAC propia conduce a una inseguridad notable sobre la vigencia de la norma”¹²⁷. En este sentido, la doctrina alemana considera que el fallo del RG que admitió la SAC propia entre hurto y receptación en 1934 se fundamentaba en razones de conveniencia y que buscaba legitimar lo que ellos denominan el sentido jurídico general¹²⁸.

Para la opinión alemana mayoritaria la SAC propia consiste en una “regla procesal de decisión” (*Entscheidungsregel*) dirigida al juez, que reza: “castiga conforme a la ley más benigna ante delitos alternativos equiparables”¹²⁹. Ya dije que esta postura entiende que en los casos de SAC propia se produce un conflicto entre los ya mencionados principios de “justicia en el caso concreto” y de “seguridad jurídica”¹³⁰. En virtud de dicho conflicto y en función de una ponderación entre esos principios, se afirma que en los supuestos de SAC propia el primero tiene un peso o una importancia mayor que el segundo, y que la seguridad jurídica debe ceder para que pueda tener

¹²¹ En este sentido véase FREUND, *FS-Wolter*, 2013, pp. 44 y 49. En contra WOLTER, «Strafbemessung bei alternativen Gesetzverletzungen und Entscheidungsnormen –Ein notwendiger Gesetzesvorschlag (§§ 55a StGB-E mit §§ 267a, 200, 207, 265, 266 StPO-E)», *GA*, 2013, pp. 271 y 274 ss.

¹²² Véase, por todos, WOLTER, *GA*, 2013, p. 270 y 277 ss.

¹²³ Véase SATZGER, § 1, *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 81; DEUBNER, *NJW*, 1967, p. 21, entre muchos otros.

¹²⁴ Véase, entre muchos, WOLTER, *GA*, 2013, p. 275.

¹²⁵ Por todos, véase SCHMITZ, § 1, *MüKo*, 2ª ed., 2011, nm. 12.

¹²⁶ SCHMITZ, § 1, *MüKo*, 2ª ed., 2011, nm. 13.

¹²⁷ SCHMITZ, § 1, *MüKo*, 2ª ed., 2011, nm. 13.

¹²⁸ Véase, por todos, NÜSE, *GA*, 1953, p. 33.

¹²⁹ En este sentido véase, entre muchos otros, WOLTER, *GA*, 2013, p. 275. También al *in dubio pro reo* se lo considera una regla procesal de decisión que obliga a los jueces (WOLTER, ídem).

¹³⁰ Con relación al origen constitucional de estos principios véase, por todos, SACHS, Art. 20, *Grundgesetz Kommentar*, 5ª ed., 2009, nm. 78.

lugar la justicia del caso concreto¹³¹.

Es decir: para esa opinión, pesa más evitar que se absuelva a quien se considera que es culpable de algún delito –aunque no se sepa de cuál– que asegurar que se condene sólo si se sabe con seguridad qué delito es el que ha sido cometido. Cabe aclarar, no obstante, que el punto de vista en cuestión sólo admite esta figura jurídica en su versión intermedia, esto es, cuando su aplicación está limitada por algunos criterios (por ejemplo: equiparabilidad ético-jurídica y psicológica, identidad del núcleo del ilícito, etc.), puesto que se considera que de ese modo no se afecta *en exceso* el principio de seguridad jurídica¹³².

Como adelanté más arriba, en el Derecho alemán los principios que –según la opinión allí dominante– colisionan ante un caso de SAC propia, tienen un significado diferente al que poseen en el Derecho argentino. Resumidamente, la idea de “seguridad jurídica” protege al ciudadano de la posibilidad de ser *sorprendido* por resoluciones dictadas por el Estado, es decir, se protege la confianza del ciudadano en la ley¹³³. Este principio, que según esa doctrina también tiene arraigo en el § 103 II GG y en el § 1 StGB (cuyos textos, que consagran el principio de legalidad del Derecho penal material, son idénticos)¹³⁴, protege al ciudadano de la arbitrariedad del juez, puesto que para aquel la decisión del último tiene que ser previsible. Concretamente, en virtud del principio de seguridad jurídica sólo se puede condenar a una persona cuando se haya comprobado con seguridad que su conducta realizó un determinado tipo penal. Si ello no ocurre, esa persona deberá ser absuelta en virtud del *in dubio pro reo*¹³⁵. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante.

El principio de “justicia en el caso concreto”, por su parte, se deriva del principio de justicia material que, según la doctrina alemana dominante, surge directamente del principio del Estado de Derecho¹³⁶. Este principio es la contracara del anterior, aunque ambos, según la doctrina y la jurisprudencia alemanas, derivan del mismo principio constitucional, a saber: el del Estado de Derecho. Es decir, por un lado, sólo se puede condenar a una persona cuando se haya comprobado con seguridad que su conducta realizó un determinado tipo penal (seguridad jurídica); y, por el otro, es injusto no condenar a alguien que es culpable (justicia en el caso concreto)¹³⁷. Absolver en casos como estos constituye, para este sector de la literatura alemana, un atentado a los fundamentos político-criminales y al sentimiento jurídico. Al respecto, VON HIPPEL ya afirmaba que, cuando es seguro que el autor lesionó uno de dos bienes jurídicos, no se

¹³¹ Al respecto véase WOLTER, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, p. 47; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 807; SCHMITZ, § 1, *MüKo*, 2ª ed., 2011, nm. 12, entre muchos otros.

¹³² Así WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 43ª ed., 2013, nm. 805; SCHMITZ, § 1, *MüKo*, 2ª ed., 2011, nm. 12.

¹³³ Al respecto véase JARASS, Art. 20, en EL MISMO/PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschlands. Kommentar*, 7ª ed., nm. 60 y ss., especialmente: nm. 78; SACHS, Art. 20, *Grundgesetz Kommentar*, 5ª ed., 2009, nm. 122 y ss., especialmente: nm. 131.

¹³⁴ El § 1 StGB y el art. 103 III GG rezan: “Un hecho sólo puede ser castigado cuando la punibilidad fue determinada legalmente antes de que el hecho se haya cometido”.

¹³⁵ Véase MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, 2ª ed., 1996, p. 496; SCHMIDT, *Deutsches Strafprozeßrecht*, 1967, p. 60. Sobre el principio de inocencia véase VELTEN, § 261, *SK-StPO*, 4ª ed., 2012, nm. 75 ss.

¹³⁶ SOMMERMAN, Art. 20, en MANGOLDT *et al.* (dirs.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5ª ed., 2005, nm. 266 ss.

¹³⁷ Véase, entre muchos, VON HIPPEL, *NJW*, 1963, p. 1535; NÜSE, *GA*, 1953, p. 38; DREHER, «Comentario a la Sentencia del BGH del 15/10/1956, GSSt 2/56», *MDR*, 1957, p. 179.

le hace nada injusto si, con base en ello, se lo castiga, *a su favor*, por la lesión del bien jurídico de menor valor, o sea por la pena más leve¹³⁸.

7. ¿Vulnera la SAC propia el principio de legalidad del Derecho penal material? La opinión dominante y la crítica de la 2ª Sala del BGH (y de un sector de la doctrina)

La doctrina dominante en Alemania mantiene una opinión favorable a la conformidad constitucional de la SAC propia, en particular en lo que se refiere a la discusión acerca de si viola, o no, el principio de legalidad. En ese sentido sostiene que con la aplicación de esta construcción no se viola dicho principio porque el juez, conforme a la prueba receptada en el juicio oral, subsume alternativamente el hecho en dos (o más) tipos penales, los que, por un lado, están previamente legislados y determinados tanto en la ley penal como en la sentencia en cuestión y, por el otro, dichos tipos penales son ético-jurídica y psicológicamente equiparables, o tienen el mismo núcleo de ilícito¹³⁹.

Estos autores entienden que, si se emplea la SAC propia, al acusado se lo condena en función de normas penales legalmente determinadas, es decir: previas, ciertas, claras y escritas¹⁴⁰. Por eso, afirman, no se sorprende al ciudadano (no se afecta la seguridad jurídica) ni el juez crea Derecho; sostienen asimismo que no se aplica ninguna norma analógicamente ni se fundamenta una decisión en Derecho no escrito¹⁴¹.

De la misma manera, esta parte de la literatura considera que la escala penal, en virtud de la cual el juez establecerá la pena que le corresponde al acusado, también se encuentra determinada, puesto que está prevista en cada uno de los tipos penales en cuestión, y el juez deberá basarse en la más leve para condenar¹⁴². Sostiene, además y como ya se dijo, que la SAC propia es una regla procesal dirigida al juez¹⁴³, mientras que el principio de legalidad afecta únicamente a los requisitos de la punibilidad y de la amenaza penal, y no, en cambio, al Derecho procesal penal.

La opinión contraria –sostenida hoy también por la 2ª Sala Penal del BGH– afirma, en cambio, que la SAC propia no es una construcción procesal, sino que tiene claros efectos sobre los fundamentos jurídico-materiales de la punibilidad¹⁴⁴. En este sentido, sostiene que el acusado no es condenado por un delito determinado tipificado en una norma penal específica, sino por un delito de entre varios que se le atribuyen alternativamente, pero por ninguno de ellos en particular¹⁴⁵.

¹³⁸ Véase VON HIPPEL, *NJW*, 1963, p. 1534. Similar VELTEN, § 261, *SK-StPO*, 4ª ed., 2012, nm. 102.

¹³⁹ Sobre ello véase WOLTER, *GA*, 2013, p. 274; NÜSE, *GA*, 1953, p. 38; SCHUHR, «Wahlfeststellung und strafrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip – Bemerkungen aus Anlass des Anfragebeschlusses vom 28.1.2014 in der Sache 2 StR 495/12», *NStZ*, 2014, p. 438; BGH, *NStZ-RR*, 2014, pp. 307 s.; BGH, *NStZ-RR*, 2015, pp. 40 s.; BGH, *NStZ-RR*, 2015, pp. 39 s.

¹⁴⁰ Vid. nota al pie anterior. También VELTEN, § 261, *SK-StPO*, 4ª ed., 2012, nm. 103.

¹⁴¹ Por todos, véase SCHUHR, *NStZ*, 2014, p. 439.

¹⁴² Véase WOLTER, *GA*, 2013, p. 274; SCHUHR, *NStZ*, 2014, pp. 438 s.

¹⁴³ Así WOLTER, *GA*, 2013, p. 275; SCHMITZ, § 1, *MüKo*, 2ª ed., 2011, nm. 4. En contra SCHUHR, *NStZ*, 2014, p. 439.

¹⁴⁴ Véase BGH, *NStZ*, 2014, p. 394.

¹⁴⁵ En este sentido véase FREUND, *FS-Wolter*, 2013, p. 53.

Según este enfoque, cuando se condena a un acusado aplicándose SAC propia, lo que ocurre es que el juez, en ese caso concreto, todo lo que llega a hacer es subsumir el hecho en más de una norma penal alternativamente, porque no alcanza a tener claro cuál de esos tipos penales realizó el acusado en esa oportunidad y, en consecuencia, lo termina condenando en virtud de una suerte de “tipo penal general” (*Gesamttatbestand*), es decir: una norma penal creada *ad hoc* por el juez con posterioridad al hecho, que no es clara y que por lo tanto no está legalmente determinada¹⁴⁶.

Así, dicho sector de la doctrina alemana y la 2ª Sala del BGH sostienen que ni la “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica”, ni la “identidad del núcleo del ilícito”, ni ningún otro criterio establecido por la doctrina y la jurisprudencia alemana al respecto logra satisfacer el principio de taxatividad legal¹⁴⁷. En efecto, esta opinión sostiene que la jurisprudencia que admite la aplicación de la SAC propia otorga a tales criterios la calidad de elementos del tipo penal de aquella norma indeterminada por la que termina condenando al acusado¹⁴⁸.

La postura ahora asumida por la 2ª Sala penal del BGH y la doctrina en la que dicho tribunal se basa critican a quienes están de acuerdo con la aplicación de la SAC propia, puesto que éstos afirman que un requisito para su aplicación es que no debe haberse podido subsumir el hecho en ninguno de los tipos penales que el juez considera que el acusado realizó alternativamente. Todo ello, afirma ahora el BGH siguiendo al BVerfG, conduce a la disolución (*Entgrenzung*) de los tipos penales en cuestión o a la extralimitación (*Verschleifung*) de dos (o más) tipos penales, a través de la agrupación *alternativa* de requisitos individuales que conforman una norma penal¹⁴⁹. De modo concluyente afirma FREUND, en este sentido, que “la violación del principio de legalidad parece ser un presupuesto para la admisibilidad de la denominada ‘SAC propia’ (*echte Wahlfeststellung*)”¹⁵⁰.

Conforme a este enfoque, sólo caben dos posibilidades: o se configuró el tipo penal, esto es, el acusado realizó todos los elementos del tipo penal que permiten sostener que el autor cometió un determinado delito (y ello está probado en el juicio), o no; es decir, respecto de por lo menos un elemento del tipo penal no es posible saber si fue realizado (porque no pudo probarse)¹⁵¹. La idea es que en casos de SAC propia el autor no cometió la mitad o una parte de cada uno de los delitos que alternativamente se le atribuyen, sino que “no hay seguridad de que se haya realizado ninguno de los dos posibles tipos penales”¹⁵².

¹⁴⁶ Entre otros véase FREUND, *FS-Wolter*, 2013, p. 49; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 96; BGH, *NStZ*, 2014, p. 394. Esto fue rechazado por la 5ª Sala del BGH: véase BGH, *NStZ-RR*, 2014, p. 307.

¹⁴⁷ Así FREUND, *FS-Wolter*, 2013, p. 49.

¹⁴⁸ Véase BGH, *NStZ*, 2014, p. 395.

¹⁴⁹ Véase BGH, *NStZ*, 2014, p. 394; BVerfG 126, p. 198; BVerfG 92, p. 16 ss.

¹⁵⁰ FREUND, *FS-Wolter*, 2013, nota a pie 54, p. 49.

¹⁵¹ Al respecto véase FREUND, *FS-Wolter*, 2013, p. 59.

¹⁵² FREUND, *FS-Wolter*, 2013, p. 59.

8. Toma de postura

8.1. Primera aproximación crítica

En función de lo anterior, la opinión dominante en Alemania, ratificada por los fallos de las 1ª, 3ª, 4ª y 5ª Salas del BGH sobre esta cuestión, entiende que una condena que aplica la SAC propia no afecta el principio constitucional del *in dubio pro reo*, dado que al acusado se lo estaría condenando, en definitiva, en función de la escala penal prevista para el delito más leve de aquellos que se le atribuyen alternativamente¹⁵³. Se afirma por lo tanto que la construcción de la SAC propia elimina el peligro de que al acusado se lo castigue por el delito más grave¹⁵⁴. Dicho argumento, sin embargo, es a mi juicio incorrecto.

Sólo si se parte del presupuesto de que al acusado le corresponde una condena (esto es: que es culpable de haber cometido un delito determinado), puede aceptarse que se lo beneficia si se lo condena en virtud de la escala penal del delito más leve. Pero es esa culpabilidad precisamente lo que hay que probar en el juicio y, como se ha visto, un presupuesto de aplicación de la SAC propia es justamente que ello no ocurra, es decir, que no pueda probarse en el juicio que el acusado cometió un delito determinado. Tal como sostiene MAURACH, “si se admite la SAC, entonces es claro que el acusado será declarado culpable por un hecho de cuya perpetración el tribunal no está convencido”¹⁵⁵.

Por otra parte, si bien es cierto que de no poder aplicarse esta construcción jurídica existe el peligro de que el acusado sea castigado por el delito más grave, se supone que, si ello ocurre, es porque ese delito más grave estará perfectamente probado, por lo que no habría nada que objetar. Y si ello ocurre, es decir, si se condena al acusado por el delito más grave, éste tendrá la posibilidad de impugnar esa supuesta acreditación fáctica, por ejemplo casando la sentencia, y es evidente que una condena por una subsunción unívoca es más fácilmente refutable que una fundada en una subsunción alternativa (SAC propia). Porque la primera deberá satisfacer un requisito probatorio más exigente, que es justamente el que la segunda no tiene que satisfacer, esto es: que es seguro que el condenado cometió el delito *determinado* por el cual fue acusado. Aunque llame la atención, la admisión de condenar por SAC propia implica permitir esa flexibilidad probatoria.

Como ya expliqué, en Alemania la doctrina y la jurisprudencia exigen, para aplicar la SAC propia, que se hayan agotado todos los medios de prueba y que el juez, como consecuencia de dificultades probatorias sobre los hechos, no pueda subsumirlo en un tipo penal determinado, sino en varios (determinados) pero de manera alternativa. Por otro lado, se exige también que, más allá de los problemas probatorios en relación con los hechos que no permiten una subsunción clara, *el juez* esté seguro de que el acusado cometió alguno de los tipos penales (determinados) en los que alternativamente puede subsumirse ese comportamiento.

¹⁵³ Entre otros véase WOLTER, GA, 2013, pp. 274 s. y 276 s.; VON HIPPEL, NJW, 1963, p. 1534; DEUBNER, NJW, 1967, p. 738; BGH, NStZ-RR, 2014, p. 308; BGH, NStZ-RR, 2015, pp. 40 s.; BGH, NStZ-RR, 2015, pp. 39 s.

¹⁵⁴ Así DEUBNER, NJW, 1967, p. 738.

¹⁵⁵ MAURACH/ZIPF, AT, t. 1, 1992, §10 III 2, nm. 26.

Ahora bien, la formulación anterior ya es problemática, porque es sabido que, en un sistema de valoración racional de la prueba como lo es el de la libre convicción, lo que interesa para fundar una condena no es la convicción subjetiva del juez, sino lo que *objetivamente* surge de la prueba. Lo que la literatura y la jurisprudencia alemana no advierten es que sólo puede ser seguro que el acusado cometió un delito, en el sentido del § 261 StPO¹⁵⁶, si *está probado* que aquél realizó todos los elementos de un determinado tipo penal, de manera tal que la conducta pueda ser subsumida en él. Mientras ello no ocurra, sólo habrá dudas. Por lo menos en sentido jurídico-penal, que es el único que interesa a la hora de condenar. Tal como explicaré enseguida, el segundo requisito (que sea seguro que el acusado cometió algún delito) no puede ser tenido por dado si se da el primero (que no sea posible determinar qué delito cometió).

Por supuesto que, al efecto de una sentencia condenatoria válida, hay dudas respecto de los hechos que no son relevantes. Pero, obviamente, siempre serán relevantes las que recaen sobre cuestiones de hecho que influyen en la actividad de subsunción¹⁵⁷. Y estas son, precisamente, las dudas que deben subsistir –conforme a la doctrina alemana dominante– para que la SAC propia pueda ser aplicada: por cuestiones probatorias sobre los hechos, no está claro cuál de entre varios tipos penales determinados es el que alternativamente realizó el acusado. Pero si ello es así, entonces no es posible que sea seguro que el acusado es culpable –en sentido técnico-jurídico– de *alguno* de ellos, por lo menos no en función de los principios procesales. O bien el acusado, *según la prueba*, es culpable de un delito, o bien no lo es. Y sólo lo será si de la prueba surge, con seguridad, cuál es el delito determinado que cometió. Es decir, no basta que de esa prueba surja que el acusado cometió *un* delito, sino que es necesario que esa prueba determine *qué* delito cometió.

Ello es precisamente lo que exige el principio de legalidad del Derecho penal material, a saber: que se condene por un delito *determinado*, no por *algún* delito. Y en esa medida tiene razón la 2ª Sala del BGH cuando afirma que la SAC propia es inconstitucional porque viola ese principio constitucional. Lo que, con todo, le falta afirmar a esa sentencia es que si en tales casos lo que corresponde es la absolución, es porque ello es lo que exige el *in dubio pro reo*: si no se sabe con seguridad qué delito determinado cometió el acusado, debe absolverlo.

Se aprecia, así, que el contenido del *in dubio pro reo* está directamente condicionado por el contenido del principio de legalidad, en el sentido de que si este último no exigiera que se condene por un delito determinado, en caso de duda acerca de esa determinación no cabría absolver. Pero que ello sea así no conduce a que la violación del principio de legalidad agote la

¹⁵⁶ El § 261 StPO reza: “sobre el resultado de la recepción de la prueba decide el tribunal conforme a su libre convicción obtenida del juicio en su conjunto”. Para arribar a la convicción de que un acusado cometió un determinado delito, el juez se rige conforme al principio de la libre convicción previsto en el § 261 StPO. Ahora bien, de él no se sigue que el juez no debe ajustarse a la valoración de la prueba sobre los hechos. Por el contrario, a ese juicio (libre) sobre la valoración de la prueba se lo considera un producto de la obligación que recae sobre el juez de descubrir la verdad material y de agotar los medios de pruebas relevantes para ello (ver HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., 1968, p. 349; BAUMANN, *AT*, 6ª ed., 1974, §14 I 1). El juez sólo puede alcanzar el convencimiento de lo que ocurrió en un hecho concreto cuando, conforme a la prueba practicada en el juicio, no tiene dudas sobre él, o, por lo menos, cuando no tiene dudas relevantes que le impidan subsumir ese hecho en un tipo penal determinado (HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., 1968, p. 351). Una duda no subsanable debe repercutir a favor del acusado en virtud del *in dubio pro reo*.

¹⁵⁷ Sobre la prueba que no es relevante, ver FRISTER, § 244, *SK-StPO*, 4ª ed., 2011, nm. 186 ss.

cuestión en lo que respecta a este contexto, como cree la 2ª Sala del BGH y parte de la doctrina alemana, para las cuales, aparentemente, el principio del *in dubio pro reo* no juega aquí ningún papel¹⁵⁸. En efecto, la explicación del porqué de la necesidad de absolución en tales casos viene dada, precisamente, por la vigencia del principio del *in dubio pro reo*: se absuelve porque existen dudas acerca de una cuestión fáctica cuya comprobación es exigida por el principio de legalidad. Con otras palabras: el principio de legalidad obliga a probar la existencia de un delito *determinado*, y el *in dubio pro reo* obliga a absolver si la prueba reunida no permite afirmar dicha determinación con seguridad.

La estructura del razonamiento en el que se basa la SAC propia sería la siguiente:

Premisa 1: es seguro que A cometió o el delito X o el delito Y.

Premisa 2: si estuviera probado que A cometió el delito X (ej., hurto), entonces estaría probado que no cometió el delito Y (ej., receptación), y viceversa.

Premisa 3: la prueba no permite afirmar con seguridad si A cometió X o Y.

Conclusión: Debe condenarse a A por haber cometido o X o Y.

El razonamiento, como se puede ver, es lógicamente correcto, en el sentido que la conclusión se sigue de las premisas. Pero el problema es que esa conclusión, por razones normativas (esto es: por la vigencia del principio de legalidad y del *in dubio pro reo*) no puede formar parte del razonamiento que habilita a una condena, dado que, como dije, la vigencia de esos principios obliga a que, para condenar, se pruebe que el acusado cometió un delito determinado, y a que, si ello no se comprueba en el juicio, se lo absuelva.

Gracias a la SAC propia, en cambio, frente a una duda esencial, en vez de absolverse se condena (en violación del *in dubio pro reo*), y se condena a su vez por un tipo penal *ad hoc* no previsto en la legislación: “o X o Y” (en violación del principio de legalidad, que es justamente el que hace que sea esencial la duda sobre qué delito es el que se cometió). Con otras palabras, el caso individual probado (“o X o Y”) no tiene como correlato ningún caso genérico. De esta manera se había pronunciado ya SCHMIDHÄUSER, cuando afirmó que “la condena de un acusado por un estado de cosas alternativos debe ser rechazada *también por fundamentos procesales*, dado que ella siempre se aproxima a una sentencia por sospecha, que no está permitida si no puede basarse con seguridad en un delito individualizable”¹⁵⁹.

En cuanto al principio de presunción de inocencia, recuérdese que, conforme al principio de justicia en el caso concreto, es injusto que no se castigue a un culpable. Ahora bien, si el juez, *en virtud de déficits probatorios*, no puede subsumir con seguridad el comportamiento del acusado en un tipo penal determinado, entonces no puede decirse que es seguro que el acusado es culpable,

¹⁵⁸ En todo el artículo en el cual FREUND argumenta en contra de la adecuación o legitimidad constitucional de la SAC, siempre lo hace con base en la violación al principio de legalidad, en su corolario de ley cierta, que dicha forma de condena implica y nunca analiza la lesión al principio de presunción de inocencia que ello representa. Véase, FREUND, *FS-Wolter*, 2013, pp. 48 ss. y 58 s. Algo similar se advierte en el mencionado fallo de la 2ª Sala del BGH. Véase, BGH, *NStZ*, 2014, pp. 392 s.

¹⁵⁹ SCHMIDHÄUSER, *AT Lehrbuch*, 2ª ed., 1984, 3/89.

por lo menos no en sentido jurídico-penal y precisamente por lo que, en cuanto a la determinación de ese delito, exige el principio de legalidad. De allí que no es correcto afirmar que una absolución en estos casos viola el principio de justicia en el caso concreto, como sostienen la doctrina dominante en Alemania y las 1ª, 3ª, 4ª y 5ª Salas del BGH. Porque dicho principio exige como presupuesto justamente lo que aquí falta, a saber: que sea seguro que el acusado es culpable o, simplemente, que el acusado sea culpable. Esa falta de seguridad recae sobre los hechos y se debe a insuficiencias probatorias, que no permiten determinar *qué* delito cometió un acusado. Para esos supuestos el orden *constitucional* prevé ya una solución, que es precisamente la que surge de la aplicación del *in dubio pro reo*, derivado directo del principio de presunción de inocencia (que en Alemania se infiere a su vez del principio constitucional de culpabilidad)¹⁶⁰.

Como se ve, la doctrina alemana dominante y la jurisprudencia de ese país se valen de la ambigüedad que la palabra “culpable” posee en este contexto para darle sustento a toda su argumentación a favor de esta clase de condena. La palabra “culpable”, conforme a las reglas del Derecho procesal penal, no se corresponde con el sentido que le dan estos autores ante estas circunstancias, que se aproxima más bien a la idea metafísica de culpabilidad. Quien cometió un delito es metafísicamente culpable. Pero jurídicamente sólo puede ser declarado culpable aquel respecto de quien se probó que cometió un delito determinado. Lo mismo ocurre respecto de la afirmación “es seguro que el acusado cometió un delito”. Es cierto que en los casos de SAC propia es metafísicamente seguro que el acusado cometió un delito. Pero lo que se exige jurídicamente –por el principio de legalidad y por el del *in dubio pro reo*– es que se tenga por seguro que el acusado cometió un delito determinado, y no “un delito”.

En conclusión, no es admisible que el juez dude acerca de qué delito ha cometido un acusado y que, a la vez, esté seguro –en el sentido del Derecho procesal penal– de que el acusado cometió un delito determinado. Sólo la comprobación judicial de que una persona llevó a cabo de manera culpable un hecho punible determinado es lo que autoriza al juez a declararlo culpable¹⁶¹. Es cierto que, en virtud de la SAC propia, al acusado se lo condena por el delito más leve de aquellos por los que venía alternativamente acusado. Pero aunque sólo se aplique la pena del delito más leve, la condena no se dicta por un delito determinado, sino por más de un delito (aunque alternativamente), e incluso sabiéndose que uno de ellos no podría nunca haber formado parte de esa condena si hubiese habido prueba suficiente. La SAC propia permite, por tanto, precisamente aquello que el *in dubio pro reo* tiene por función impedir. Sin embargo, ni siquiera la posición minoritaria que se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de esta forma de condenar ha destacado que también el *in dubio pro reo* resulta violentado por ella.

8.2. Segunda aproximación crítica

Ya dije que la SAC propia *no tiene* en Alemania base legal ni constitucional, ni explícita ni derivada, y que viola principios fundamentales –constitucionales y legales– que rigen al Derecho penal y procesal penal. Pero aquí cabe agregar que esta figura jurídica tampoco *debería tener* una

¹⁶⁰ En este sentido, sostiene HENKEL que “el principio (*in dubio pro reo*) es el revés procesal del principio de culpabilidad: a la frase material ‘no hay pena sin culpabilidad’ le corresponde la frase procesal ‘no hay condena sin comprobación de la culpabilidad’” (HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., 1968, p. 353).

¹⁶¹ Véase, entre muchos, ALWART, GA, 1992, pp. 552 ss.; VELTEN, § 261, SK-StPO, 4ª ed., 2012, nm. 5 ss.

regulación legal que la permita, ni siquiera en su versión intermedia, puesto que cualquier versión que admita la SAC propia sería contraria a aquellos principios fundamentales. En ese sentido debe quedar claro que, cuando se afirma que la SAC propia viola el principio de legalidad, no se está haciendo referencia únicamente a su corolario *ley previa*. Si así fuera, bastaría que se legisle expresamente la SAC propia (como en su momento lo hizo el régimen nacionalsocialista) para que deje de ser inconstitucional. La SAC propia viola, sin embargo, también el principio de legalidad en cuanto a su corolario *ley cierta*, tal como ha quedado claro aquí cuando se remarcó que ese principio obliga a que se condene por un delito *determinado*. De allí que la SAC propia, aun legislada expresamente, sería no obstante contraria al principio de legalidad.

Es cierto que, como dice la doctrina minoritaria y la 2ª Sala penal del BGH, este mecanismo de condenar “por X o por Y” viola el principio de legalidad en cuanto a su mandato de ley previa, porque implica condenar no por un tipo penal previamente consagrado por ley, sino en virtud de un tipo penal creado *ad hoc* y *ex post* por el juez para condenar en ese caso concreto. Pero aun cuando se legislara en forma previa un tipo penal como –por ejemplo– el regulado en 1935, u otro similar, éste sería irremediabilmente indeterminado, y por esa razón ya contrario al principio de legalidad. Porque no podría escapar a la fórmula “si fuera seguro que se cometió un delito, pero no fuese seguro cuál, se podrá condenar por el más leve de entre aquellos que apareciesen alternativamente como posibles”. ¿Y cuál sería, allí, la conducta taxativamente prohibida? Obviamente es imposible saberlo. De hecho hasta sería dudoso que una fórmula así (similar en esencia al § 2b del Código penal alemán de 1935 y a otras propuestas ulteriores) sea realmente un tipo penal y no, como también se ha dicho, una mera regla procesal.

Si todo lo que importara fuera una supuesta violación al corolario ley previa del principio de legalidad –que es lo que de hecho dice tanto esta sentencia del BGH como la doctrina en que se apoya–, bien podría pensarse que lo que en realidad busca el máximo tribunal penal alemán no es tanto un cambio en su jurisprudencia estable sobre la SAC propia. Su principal objetivo sería, antes bien, dar una señal al legislador para que incluya en el Código penal una norma similar a la introducida en 1935 (y luego derogada) que permita la aplicación de la SAC propia, aunque, en esta oportunidad, sólo en su versión intermedia. Si algo así sucediera, al apartamiento del Estado de Derecho en el que, con relación a este tema, se encuentran hoy sólo los jueces en Alemania, se sumaría el legislador, y en consecuencia la situación se agravaría. No debería olvidarse que, así como “la jurisdicción está vinculada a la ley y al Derecho”, así también “la ley está vinculada a la Constitución” (art. 20 III GG).

Cabe indicar, finalmente, que la SAC propia vulnera, además, el derecho constitucional de defensa, porque esta forma alternativa de condena obliga al acusado a tener que defenderse en muchas direcciones, incluso en las instancias superiores. Y ello termina repercutiendo sobre él como una inversión en la carga de la prueba, en la medida en que tendrá que demostrar que no cometió por los menos uno de los hechos que se le atribuyen, lo cual es claramente incompatible con el derecho constitucional en cuestión.

9. Conclusión

En este trabajo, tras diferenciar entre los distintos grupos de casos que, en Alemania, se estudian bajo la órbita de la SAC, se abordó detalladamente, en forma tanto descriptiva como crítica, a la denominada SAC propia. Este instituto carece de regulación expresa en la legislación alemana y, como he intentado mostrar aquí, no sólo no la tiene de manera derivada, sino que si la tuviese estaríamos ante una norma inconstitucional, porque violaría tanto el principio de legalidad como el principio de presunción de inocencia (en su específica derivación del *in dubio pro reo*) y el derecho de defensa.

El acusado sólo puede ser declarado culpable si de la prueba surge, con seguridad, cuál es el delito determinado que él cometió. Es decir, no basta que de esa prueba surja que es seguro que el acusado cometió *un* delito, sino que, en virtud del principio de legalidad del Derecho penal material, es necesario que esa prueba determine *qué* delito cometió. Por eso, he sostenido que tiene razón la 2ª Sala del BGH cuando afirma que la subsunción alternativa en la condena es inconstitucional en la medida en que viola el principio constitucional de legalidad. Sin embargo, lo que le falta afirmar a esa sentencia, tal como aquí se demostró, es que si en tales casos lo que corresponde es la absolución, es porque lo exige el *in dubio pro reo*: si no se sabe con seguridad qué delito determinado cometió el acusado, debe ser absuelto. Entonces, el principio de legalidad obliga a probar la existencia de un delito *determinado*, y el *in dubio pro reo* obliga a absolver si la prueba reunida no permite afirmar dicha determinación con seguridad. Que en tales casos se condene resulta contrario, por tanto, también al *in dubio pro reo*, y no sólo al principio de legalidad.

Finalmente, aquí se mostró que la SAC propia vulnera, además, el derecho constitucional de defensa, porque esta forma alternativa de condena limita al condenado sus posibilidades de control mediante el recurso ante instancias superiores, dado que no puede tener claro por cuál delito concretamente se lo ha condenado, y ello obviamente condiciona sus posibilidades de refutación.

10. Bibliografía

ALTENHAIN (1995), «Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen: Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107), pp. 382 ss.

ALWART (1992), «Darf ein Angeklagter Mangel an Beweisen verurteilt werden? Eine Studie zur Überzeugungsbildung des Strafrichters (§261 StPO)», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 545 ss.

BASAK (2013), «§1 Keine Strafe ohne Gesetz», en MATT/RENIKOWSKI (eds.), *StGB-Kommentar*, Franz Vahlen, München.

BAUMANN (1983), «Comentario a la sentencia del BGH dictada el 28/10/1982, 4 StR 480/82», *JuristenZeitung*, pp. 115 ss.

- (1974), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Giesekind, Bielefeld.
- DALLINGER (1966), «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, pp. 557 ss.
- (1958), «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, Hamburgo, pp. 738 ss.
- (1957), «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, Hamburgo, pp. 395 ss.
- DEUBNER (1967), «Comentario a la sentencia del BGH dictada el 11/11/66, 4 StR 387/66», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 738 ss.
- (1962), «Die Grenzen der Wahlfeststellung –BGH, NJW 1961, 1936», *JuS*, pp. 21 ss.
- DREHER (1957), «Comentario a la sentencia del BGH del 15/10/1956, GSSt 2/56», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, pp. 177 ss.
- FISCHER (2014), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 61^a ed., C. H. Beck, München.
- FREUND (2013), «Nicht „entweder-oder“, sondern „weder – noch“! Zum Verstoß gesetzalternativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG», en ZÖLLER/HILGER/KÜPER/ROXIN (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension; Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 35 ss.
- FRISTER (2012), § 244, en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, t. V: §§ 246a – 295, 4^a ed., Heymanns, Colonia.
- FUCHS (1967), «Comentario al fallo dictado por el BayObLG el 09/11/1966, 1a St 214/66», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 739 ss.
- HEINITZ (1957), «Zum Verhältnis der Wahlfeststellung zum Satz in dubio pro reo», *Juristische Rundschau*, pp. 126 ss.
- (1952), «Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozess», *JuristenZeitung*, pp. 100 ss.
- HENKEL (1968), *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch*, 2^a ed., Kohlhammer, Estucardia.
- HRUSCHKA (1982), «Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen», *Juristische Schulung*, pp. 317 ss.
- (1971), «„Wahlfeststellung“ zwischen Diebstahl und sachlicher Begünstigung?», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1391 ss.
- (1970), «Zur logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger

- Beweisergebnisse im Strafprozeß», *JuristenZeitung*, pp. 637 ss.
- JARASS/PIEROTH (2004), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschlands. Kommentar*, 7ª ed., C. H. Beck, München.
- JESCHECK (1988), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Duncker & Humblot, Berlin.
- JOERDEN (1988), «Postpendez- und Präpendenzfeststellungen im Strafverfahren», *JuristenZeitung*, pp. 847 ss.
- KINDHÄUSER (2013), *Strafgesetzbuch – Lehr- und Praxiskommentar*, 5ª ed., Nomos, Baden Baden.
- KÖHLER (1997), *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin.
- KÜPER (1976), «Wahlfeststellung und Anwendung des § 158 StGB bei einander widersprechenden Zeugenaussagen», *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1829.
- MAIER (1996), *Derecho procesal penal*, t. 1, 2ª ed., Del Puerto, Buenos Aires.
- MAURACH/ZIPF (1992), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 8ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.
- MÖHL (1965), «Comentario al fallo del OLG del 25/03/1965, Ss 54/65», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1926 s.
- NOROUZI (2008), «Grundfälle zur Wahlfeststellung, Präpendez und Postpenenz», *Juristische Schulung*, pp. 17 ss.
- NÜSE (1953), «Die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 32 ss.
- PETERS (1966), *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 2ª ed., C. F. Müller, Karlsruhe.
- RENGIER (2013), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., C. H. Beck, München.
- RICHTER (1994), «Die Postpendenzfeststellung», *Juristische Ausbildung*, pp. 130 ss.
- SACHS (2009), *Grundgesetz Kommentar*, 5ª ed., Beck, München.
- SATZGER (2014), «§ 1 StGB. Keine Strafe ohne Gesetz», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *StGB - Strafgesetzbuch: Kommentar*, 2ª ed., Carl Heymanns, Colonia.
- SCHMIDHÄUSER (1984), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., Mohr, Tubinga.
- SCHMIDT (1967), *Deutsches Strafprozeßrecht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.
- SCHMITZ (2011), «Anhang zu § 1. Die Wahlfeststellung», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2ª ed., Beck, München.

SCHUHR (2014), «Wahlfeststellung und strafrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip – Bemerkungen aus Anlass des Anfragebeschlusses vom 28.1.2014 in der Sache 2 StR 495/12», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 437 ss.

SOMMERMAN (2005), en MANGOLDT/KLEIN/STARCK (dirs.), *Kommentar zum Grundgesetz*, t. 2, 5ª ed., Vahlen, München.

VELTEN (2012), §261, en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, t. 5, 4ª ed., Carl Heymanns, Colonia.

VON HIPPEL (1963), «Zur Problem der Wahlfestfestellung», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1533 ss.

WESSELS/BEULKE/SATZGER (2013), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*, 43ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

WOLTER (2013), «Strafbemessung bei alternativen Gesetzverletzungen und Entscheidungsnormen – Ein notweindiger Gesetzesvorschlag (§§ 55a StGB-E mit §§ 267a, 200, 207, 265, 266 StPO-E)», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 271 ss.

——— (1987), *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, Duncker&Humblot, Berlin.

——— (1972), *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.